ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

BIBL. TH.
P. R.

FILIPPO SERAFINI
PROFESSORE DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA
SENATORE DEL REGNO.

ISTITUZIONI
DI
DIRITTO ROMANO
COMPARATO COL DIRITTO CIVILE PATRIO.

VOLUME II.

Delle obbligazioni - Diritto di famiglia - Diritto di eredità.

DECIMA EDIZIONE.

ALMA COLLEGE
349.37
LIBRARY
Se 65
Alma, California
23403

ATENÆUM
ROMA — MCMXXI.

Riservata la proprietà letteraria

PERUGIA. 1921 — Tipografia V. Bartelli e C.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO

LIBRO TERZO

DELLE OBBLIGAZIONI [1]

PARTE GENERALE

§ 100.

Nozione, oggetto e fonti delle obbligazioni.

NOZIONE. — L'obbligazione è un vincolo giuridico fra due persone determinate, in virtù del quale l'una è tenuta verso l'altra ad una data prestazione, cioè a dare, fare o non fare qualche cosa: « *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* » [2].

---

[1] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, vol. II, § 201; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze 1911; SALELLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*. Paris 1890; SAVIGNY, *Le obbligazioni* (trad. con appendici orig. da G. PACCHIONI), I vol., Torino 1912.

Per l'evoluzione storica del concetto di *obligatio* e per la sua critica dal punto di vista teorico cfr. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1902, e a proposito di esse CARUSO, negli *Studi in onore di V. Scialoja*, vol. I, pag. 121 e seguenti; MARCHI, *Storia dell'obbligazione romana* (Roma, Athenaeum, 1913).

[2] PAULUS, fr. 3, *de obl. et act.*, XLIV, 7. Cfr. pr. Inst., *de oblig.*, III, 13: « *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* ». Si noti che nel linguaggio stesso delle fonti del diritto romano il vocabolo *obligatio* non è usato sempre rigorosamente nel

L'esame di questa definizone farà ancora più chiaro il concetto dell' obbligazione.

L' obbligazione è un *vincolo giuridico:* dalla medesima nasce adunque un dovere giuridico, ben distinto e diverso dal dovere puramente morale.

L' obbligazione è un vincolo *fra due persone:* essa suppone necessariamente due persone, una che ha diritto alla prestazione *(creditor)* ed una che è tenuta alla medesima *(debitor)* [1].

L' obbligazione è un vincolo giuridico fra due persone *determinate:* vale a dire i diritti nascenti dall' obbligazione non si possono far valere che fra le persone obbligate.

L' obbligazione è un vincolo giuridico in virtù del quale taluno è tenuto ad una *prestazione.* Ciò distingue essenzialmente i diritti di obbligazione dai diritti reali. Questi hanno per oggetto immediato una *cosa corporale;* quelli invece il *fatto,* ossia la *prestazione* di un' altra persona: i diritti reali consistono in ciò che noi possiamo agire giuridicamente sopra una cosa corporale e disporne in tutto o in parte a seconda dei casi, ma non possono mai consistere in ciò che altri dia o faccia qualche cosa; in quella vece i diritti di obbligazione non stabili-

---

senso della data definizione: spesso sta a denotare la fonte dell' obbligazione, il diritto di colui che può esigere la prestazione, il dovere corrispettivo di colui che ad essa è tenuto, il documento che serve a provare l' esistenza dell' obbligazione e perfino la soggezione di una cosa a pegno od ipoteca. Questa inesattezza si ritrova anche nel linguaggio giuridico moderno. Non sarà superfluo l' avvertire, come caratteristico pel concetto volgare del rapporto giuridico obbligatorio, che tanto nella lingua latina quanto nella italiana esso è espresso con parole che denotano un legare, uno stringere, uno sciogliere. Così *obligatio* da *ob-ligare, nexum* da *nectere, contractus* da *cumtrahere, solutio* da *solvere;* ed anche noi parliamo volgarmente di *stringere* il contratto, di *sciogliersi* dal contratto, di *tirare* nel determinare le condizioni del contratto.

[1] Le due parole *creditor* e *debitor,* divenute poi generali, si limitavano da prima ai rapporti nascenti da un mutuo (Gaius, fr. 5, § 3, *de obl. et act.,* XLIV, 7). Un' espressione più generale era per i Romani *reus* e indicava tanto il debitore che il creditore; poi, avuto riguardo alle formule dalla stipulazione, si disse *reus stipulandi* (creditore), *reus promittendi* (debitore). Vedi Festo, v. *Reus;* Cic., *De or.,* II, 43; Modestinus, fr. 1, *de duob. reis,* XLV, 2.

scono verun rapporto diretto tra noi e la cosa, ma tendono sempre ed esclusivamente a che noi possiamo pretendere dal debitore la prestazione a cui è obbligato [1].

OGGETTO DELL'OBBLIGAZIONE. — La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione (*id quod debetur*), può consistere nel trasferimento della proprietà, nel trasferimento di un *ius in re aliena*, nel trasferimento del possesso o in qualunque altra manifestazione dell'umana attività o anche nell'astenersi dall'esercizio di questa [2]. I requisiti della prestazione sono i seguenti. Essa dev'essere fisicamente e giuridicamente possibile [3]: deve essere lecita [4]: deve avere un interesse pel creditore [5]; e final-

[1] Da questo concetto che l'obbligazione non stabilisce alcun rapporto diretto fra il creditore e la cosa, ma conferisce soltanto il diritto ad una prestazione, risulta che le obbligazioni non possono essere oggetto di possesso o di quasi-possesso.

[2] I Romani solevano designare i diversi oggetti dell'obbligazione colle parole: *dare, facere, praestare*. Intendevano per *dare* l'atto con cui il debitore trasferiva al creditore la proprietà di una cosa o altro diritto reale (GAI., III, 90); AFRICANUS, fr. 37, *de usufr.*, VII, 1; PAULUS, fr. 19, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3; ULPIANUS, fr. 75, § 10, *de verb. obl.*, XLV, 1). Per *facere* intendevano qualunque altro fatto utile al creditore, e vi comprendevano anche il *non facere*, ossia i fatti negativi (PAULUS, fr. 2, pr. e § 5; POMPONIUS, fr. 5, § 1; ULPIANUS, fr. 75, § 7, *de verb. obl.*, XLV). Il *praestare* può considerarsi come superfluo, giacchè è compreso nel vocab. *facere*; ma i Romani adoperavano il verbo *praestare* specialmente per indicare quelle obbligazioni, che non avendo una particolare *intentio iuris civilis*, si facevano valere con azioni concepite in fatto (vedi GAI., IV, 2, 5, 33. Cfr. ULPIANUS, fr. 13, § 6, *de act. empt*, XIX, 1; fr. 37, pr. *de op. lib.*, XXXVIII, 1). Il significato della parola *praestare* però è molto controverso. Il Codice civile italiano, distinguendo fra obbligazioni di dare e obbligazioni di fare, dichiara all'art. 1219 che le prime includono l'obbligo di consegnare la cosa e di conservarla fino alla consegna.

[3] CELSUS, fr. 185, *de reg. iur.*, L, 117: « *Impossibilium nulla obligatio est* ». Cfr. ULPIANUS, fr. 31, *cod.* Se però l'impossibilità non fosse assoluta (obbiettiva), ma derivasse unicamente da motivi personali del debitore, essa non escluderebbe l'esistenza dell'obbligazione.

[4] ULPIANUS, fr. 26, *de verb. obl.*, XLV, 1; Cod. civ., art. 1122.

[5] Id., fr. 38, § 17; MARCELLUS, fr. 95; CELSUS, fr. 97, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1; PAPINIANUS, fr. 7, *de praescript. verb.*, XIX, 5. Non è

mente non deve essere rimessa intieramente al puro arbitrio del debitore [1].

Fonti delle obbligazioni. — Le obbligazioni derivano o da un fatto dell'uomo o da disposizione immediata di legge. Quel fatto poi può essere lecito o illecito. I fatti leciti, dai quali possono nascere obbligazioni, sono i contratti e i quasi-contratti; i fatti illeciti sono i delitti e i quasi-delitti [2].

Per la somma importanza che hanno queste quattro fonti delle obbligazioni, conviene premettere fin d'ora alcune nozioni generali sulle medesime.

---

pero necessario che l'interesse sia esclusivamente pecuniario, ma basta che si possa valutare patrimonialmente. Papinianus, fr. 54, *mand.*, XVII, 1; fr. 6 e 7, *de serv. export.*, XVIII, 7. Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, vol. II, § 202, nota 3, e più sotto § 104.

[1] La prestazione può essere però validamente rimessa al *giusto* criterio del debitore *(arbitrium boni viri)*, perchè l'*arbitrium boni viri* non è un arbitrio assoluto (vedi più sotto § 104). Non occorre però che la determinazione sia attuale.

[2] Vi sono alcune obbligazioni che, riguardo alla loro origine, non rientrano in alcuna di coteste categorie (vedi §§ 157-159). Noi abbiamo seguito le istituzioni imperiali, le quali dicono che le obbligazioni nascono *aut ex contractu, aut quasi ex contractu, aut quasi ex maleficio* (§ 2, Inst., *de obl.*, III, 13). Un altro testo riconduce i così detti quasi-contratti ad una categoria indeterminata di *variae causarum figurae* (Gaius, fr. 1, *de obl. et act.*, XLVI, 7: « *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* »); ma, probabilmente, anche questo passo rispecchia soltanto l'opinione dei compilatori giustinianei, ai quali sembra dovuto il brano da *aut proprio* alla fine (così Perozzi, *op. cit.*). In ogni modo, i giuristi romani non hanno mai concepite, e ragionevolmente, le categorie del quasi-contratto e del quasi-delitto. Infatti non esistono figure positive e concrete di quasi-contratto e di quasi-delitto paragonabili a quelle tipiche del contratto e del delitto. Nel diritto positivo italiano tra le fonti delle obbligazioni è posta la legge (art. 1097).

CAPO I.

Dei contratti in generale

§ 101.

Concetto del contratto.

DEFINIZIONE. — Il contratto è la prima e la più importante tra le fonti delle obbligazioni [1]. Esso in senso lato è una concorde manifestazione di volontà di due o più persone allo scopo di costituire, modificare o sciogliere un rapporto giuridico. In questo senso il concetto di contratto coincide con quello di negozio giuridico bilaterale (§ 25). Qui non parleremo che dei contratti obbligatorii, cioè di quelli destinati a creare un'obbligazione. In questo significato più ristretto, è contratto la concorde manifestazione della volontà di due o più persone, in forza della quale l'una promette una prestazione e l'altra accetta la promessa. Di regola la promessa precede l'accettazione, ma può accadere anche il contrario [2], come può altresì accadere che la medesima dichiarazione sia ad un tempo dichiarazione di voler essere debitore e creditore: ciò avviene per lo appunto nei contratti bilaterali. Devesi avvertire che dal contratto non

---

[1] GAI., III, 89: « *Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor sunt; aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu* ». Cfr. Inst., III, 13, *de obl.*, 2. Sul significato preciso della parola *contractus* presso i giuristi romani è viva la disputa, che, sollevata già dallo SCHLOSSMANN (*Der Vertrag*, 1897), e dal PERNICE (*Zeitschr. Sav.-Stift.*, IX, 31 e seg.), fu ripresa ora dal PEROZZI, *op. cit.*, e dal BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione dei « contractus »* (*Rendiconti del R. Istituto lombardo*, 1907). Sulla disputa, senza dubbio interessante dal punto di vista storico, non si può ancora dire l'ultima parola: nel presente manuale è accolto il significato della voce *contratto* che domina nella moderna letteratura scientifica e nel linguaggio dei codici. Cfr. anche RÖTONDI, *Natura contractus* in *Bull. ist. dir. rom.*, 1912 (pp. 5-116).

[2] Così, per es., nella *stipulatio* la promessa è posteriore all'accettazione. Altro esempio si ha nel mandato.

sorgeva alcun rapporto da persona a cosa, ma soltanto da persona a persona: il che si rileva dalla cura posta dalle fonti nello svolgere il concetto che dal contratto deriva un mero diritto di credito, anche avuto riguardo alla legislazione pretoria, emancipata dalle antiche forme di gius civile (*mancipatio, in iure cessio*) [1].

Pollicitazione [2]. — Una semplice promessa non accettata (*pollicitatio*) non obbliga chi l'ha fatta; ma questa regola soffre due eccezioni. In primo luogo è obbligatoria la promessa fatta ad una *respublica* per un motivo sufficiente, *ob iustam causam*, come, per esempio, in ricompensa di onore accordato o da accordarsi al promittente [3]. In quest'ultimo caso, fallito il motivo, la promessa non è più obbligatoria, se pure non abbia già avuto un principio di esecuzione [4]. In secondo luogo è ob-

---

[1] Interessante è a questo riguardo il fr. 1, *de reb. cred.*, XII, 1, dove Ulpiano, commentando l'editto, scrive: « *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alicuam fidem secuti instituimus, complectitur: nam ut libro primo questionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei absentiamur alicuam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. Rei quoque verbum ut generale praetor eligit* ». Dunque in tanto vi è contratto in quanto vi è *res credita*, e, siccome in diritto giustinianeo tutti i contratti sono di buona fede, il semplice rapporto personale tra contraenti è la regola di qualsiasi contratto. Il trasferimento poi delle cose e dei diritti sulle cose si compiva per diritto antico con determinate formalità, per diritto giustinianeo senza forme solenni, ma sempre all'infuori del contratto, il quale pertanto non può registrarsi tra i modi di acquisto o di perdita di quelle cose, ma solo tra i modi di acquistare un credito o di contrarre un debito. L'opposto accade per diritto nostro (salvo gravi eccezioni) in forza dell'art. 1125 del Codice civile. Vedi vol. I, § 64.

[2] Ulpianus, fr. 3, pr. *de pollicit.*, L, 12: « *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum* ». Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, § 241.

[3] Ulpianus, fr. 1, § 1, *h. t.*, L, 12.

[4] Id., fr. 1-2, *h. t.*, L, 12. Tuttavia se il promittente cade in povertà, può liberarsi dall'obbligo di compiere l'opera incominciata, cedendo una quinta parte del suo patrimonio (fr. 9, ivi). Anche gli eredi del pro-

bligatoria la pollicitazione fatta ad uno scopo religioso o di pietà (*votum*) [1].

REQUISITI DEL CONTRATTO. — I requisiti necessarii alla validità dei contratti sono la capacità dei contraenti, il consenso, l'oggetto e la causa.

In generale valgono anche pei contratti le regole poste pei negozi giuridici bilaterali, e alle quali rimandiamo [2], dovendoci limitare qui all'esposizione di quelle che sono proprie dei contratti.

---

mittente sono tenuti soltanto nel caso che la promessa avesse una *iusta causa pollicitationis* ammenochè l'opera promessa non fosse stata incominciata vivo il testatore, nel qual caso debbono compierla: anche essi però non sono tenuti al di là della quinta parte del patrimonio ereditato e, trattandosi di discendenti, della decima parte (MODESTINUS, fr. 9, 11, e POMPONIUS, fr. 14, ivi).

[1] ULPIANUS, 1 e 2, *h. t.* È però incerto di quale obbligatorietà, se giuridica o puramente morale, intenda parlare Ulpiano in quest'ultimo frammento. Vedi PERNICE, *Zum röm. Sacralrecht,* e FERRINI, nel *Digesto italiano,* alla voce *Fas.,* capo IV. — Nel diritto positivo italiano non esiste nemmeno l'eccezione del diritto romano che una semplice promessa non accettata obblighi chi l'ha fatta. L'incanto e la promessa coi pubblici avvisi non sono semplici pollicitazioni, ma sono proposte fatte a persone indeterminate, le quali, accettando la proposta conforme all'avviso, rendono perfetto il contratto, semprechè s'intende il pubblico avviso sia fatto con serietà. Vedi LUCCI, *Delle promesse per pubblici proclami,* Napoli 1893; MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico nel diritto privato,* Girgenti 1899; CICU, *L'offerta al pubblico,* I-II, Sassari 1902-1903; SCIALOJA A., *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione,* negli *Studii di diritto privato,* Roma 1906, pag. 69 e seg.; *L'offerta a persona indeterminata e il contratto concluso mediante automatico* (Roma 1913). — Sui titoli al portatore, che comunemente si considerano come una promessa a persona indeterminata, vedi la sentenza della Corte d'appello di Bologna, 18 sett. 1890 (inserita con una mia annotazione nel *Diritto commerciale* del 1891 col 497), e quella della Corte Suprema di Roma, 31 dicembre 1891 (*Giurispr. ital.* del 1892, I, 83 e *Foro ital.,* 1892, I, 1). — L'offerta fatta ai pubblici incanti costituisce un contratto sotto la condizione sospensiva che non si presenti un'offerta maggiore. Vedi UNGER, *La promessa quale motivo obbligatorio,* trad. FORLANI, Trieste 1874.

[2] Vedi soprattutto i §§ 24, 27 e 28, dove esponemmo la teoria della violenza, dell'errore, del dolo, delle condizioni, del termine e del modo. Vedi anche il § 103.

§ 102.

Capacità di contraenti.

In generale, qualunque persona è capace di conchiudere un contratto: si eccettuano per altro coloro che giuridicamente non hanno volontà, come gli infanti, i mentecatti ed i furiosi, eccetto per questi ultimi i lucidi intervalli [1]. Cotali persone, siccome non possono consentire, sono assolutamente incapaci di conchiudere contratti [2]. Vi hanno poi persone, le quali, senza essere assolutamente incapaci di contrattare, hanno però una capacità limitata: tali i pupilli, i minori, le donne ed i prodighi.

I pupilli non possono, senza l'interposizione dell'autorità tutoria, fare convenzioni che importino alienazione o obbligazione [3]: nondimeno da simili convenzioni può nascere in certi casi e sotto certi limiti una obbligazione naturale [4].

I minori non possono, senza consenso del loro curatore, conchiudere contratti che importino alienazione [5], ma possono assumere qualunque altra obbligazione [6]: essi hanno tuttavia il beneficio della restituzione in intiero [7].

---

[1] Ai furiosi sono paragonati coloro che per malattia, grave eccesso di collera o piena ubbriachezza sono momentaneamente privi dell'uso della ragione. PAULUS, fr. 17, *qui test.*, XXVIII, 1, e fr. 48, *de reg. iur.*, L, 17, combinato col fr. 3, *de divort.*, XXIV, 2, di GAIO.

[2] Vedi il vol. I, §§ 9, 11, 24 e 29.

[3] Vedi il vol. I, § 9 e le note seguenti.

[4] Vedi più sotto § 111 e le note. Cfr. ALIBRANDI F., in *Bull. ist. dir. rom.*, 1912.

[5] Tit. Cod., *de in integ. rest.*, II, 22. Secondo il Codice civile italiano i minori non emancipati e gli interdetti per infermità di mente sono assolutamente incapaci di contrattare.

[6] MODESTINUS, fr. 101, *de verb. oblig.*, XLV, 1: « *Pubères sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari* ».

[7] Vedi vol. I, § 9, e specialmente § 46.

Gli interdetti (prodighi) sono pareggiati agli impuberi: per conseguenza tutti i contratti da essi conchiusi senza il consenso del loro curatore, quando ne derivi diminuzione al loro patrimonio, sono nulli [1].

Le donne non possono fare mallevadoria pei debiti dei loro mariti, e possono, in certi casi, liberarsi anche da quelle in favore di altre persone [2].

I figli di famiglia e gli schiavi sono considerati come uno strumento di chi su di essi ha la potestà e che acquista per loro mezzo [3].

Secondo il Codice civile sono incapaci di contrattare nei casi espressi dalla legge: i minori, gli interdetti, gli inabilitati [4]; ma la persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato con cui essa ha contrattato (art. 1107).

---

[1] Un contratto di questo genere non vincola il prodigo nemmeno *naturalmente* (ULPIANUS, fr. 6, *de verb. obl.*, XLV, 1). Secondo il Codice civile italiano gli interdetti per infermità di mente sono in stato di tutela ed i prodighi possono dal tribunale essere dichiarati inabili a fare atti che eccedano la semplice amministrazione (art. 339).

[2] Vedi il § 150 e ARNDTS-SERAFINI, §§ 359-363.

[3] Vedi il § 169.

[4] Art. 1106. L'incapacità dei minori emancipati, degli inabilitati e delle donne maritate non è così assoluta come quella dei minori non emancipati e degli interdetti, dappoichè la legge autorizza i minori emancipati e gli inabilitati a fare da se soli tutti gli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione (art. 317 e 339); Nel Codice civile sono accennate in varii luoghi altre incapacità, che non dipendono dallo stato generale della persona, ma da altre cause, per esempio l'incapacità del tutore o del protutore di comperare beni del minore e di accettare la cessione di una ragione o di un credito verso il medesimo (art. 300); quella dei genitori di comperare i beni dei figli soggetti alla loro potestà; dei procuratori relativamente ai beni che sono incaricati di vendere; degli amministratori relativamente ai beni dei comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura; quella dei giudici, procuratori o patrocinatori e notai di essere cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza dell'autorità giudiziaria di cui fanno parte, o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni (art. 1457-1458), ecc.

§ 103.

Del consenso.

Il contratto è la concorde manifestazione della volontà di due o più persone, una almeno delle quali promette una prestazione, l'altra accettando questa promessa. Una tale concordia nella manifestazione di volontà si dice appunto consenso delle parti. Di qui viene che una promessa non accettata, una semplice proposta, non costituisce contratto, e che il proponente, salvo l'obbligo eventuale di risarcire il danno recato all'altra parte, può rivocarla fino a che non sia stata accettata.

Perchè l'accettazione della proposta renda perfetto il contratto è necessario che sia pura e semplice, dappoichè un'accettazione fatta sotto condizione o a termine si risolve in una nuova proposta, e non è una vera accettazione [1]. Anche l'accettazione tardiva è del tutto inefficace: e non solo non costituisce contratto, ma non dà nemmeno diritto a risarcimento dei danni [2]. Nel resto l'accettazione, come in generale la manifestazione di volontà, può essere fatta espressamente o tacitamente, a voce o in iscritto, dal contraente in persona, o col

---

[1] Ulpianus, fr. 1, § 3, *de verb. obl.*, XLV, 1. Cfr. Cod. di commercio, art. 37. Delle condizioni e del termine si è trattato nel vol. I, §§ 27 e 28.

[2] Chi fa una proposta non può avere l'intenzione di vincolarsi per sempre a conchiudere il contratto, ma per un dato tempo soltanto: per quanto tempo poi sta innanzi tutto in facoltà del proponente il determinarlo, più o meno breve, come a lui piace. Ma quand'anche non avesse fissato termine alcuno, s'intenderebbe da sè la proposta essere fatta per un dato tempo soltanto; il giudice poi nel decidere su questo punto prenderà norma dalle circostanze speciali del caso concreto, avuto riguardo alle leggi, alle consuetudini e alla qualità del contratto. Vedi F. Serafini, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, Pavia 1862, pag. 70, riprodotto negli *Scritti minori*, raccolti e pubblicati da Enrico Serafini, Modena, 1901. Sui contratti fra persone lontane una completa bibliografia si trova nella relazione Mancini sul Codice di commercio (p. 115 e segg.) e nell'Arndts-Serafini, (*Pandette*, II, § 221). Si aggiunga Valery, *Des contrats par correspondence* (Paris 1895); Ramella, *Trattato sulla corrispondenza*, Torino 1896.

mezzo d'altri, come, ad esempio, mediante un messo o un ufficio telegrafico.

Nei contratti conchiusi fra persone lontane, per mezzo di intermediari, lettere o telegrammi, può nascere la questione circa al tempo e al luogo della perfezione del contratto. Molti partono dall'idea che la manifestazione della volontà fatta dalle due parti non abbia valore di dichiarazione reciproca perfetta se non quando sia pervenuta a notizia dell'altro contraente, epperò reputano, conchiuso il contratto solo in quel luogo e in quel momento, in cui il proponente abbia conosciuta l'accettazione della sua proposta. Questa è la teoria della *cognizione*. In opposizione a questa teoria sta quella della *dichiarazione*, secondo cui il contratto si perfeziona nel luogo e nel momento in cui avviene l'accettazione [1]. Fra i seguaci di quest'ultima teoria, alcuni si contentano che l'accettazione sia in qualsivoglia maniera dichiarata (per esempio quando è scritta la lettera di accettazione): ma i più esigono che l'accettante si sia spossessato della sua dichiarazione, per esempio abbia impostata la lettera o consegnato il telegramma [2]. Il Codice di commercio del Regno d'Italia, seguendo un sistema misto, dispone, nella prima parte dell'articolo 36, che « il contratto *bilaterale* tra persone lontane non è perfetto, se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine da lui stabilito o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi del commercio in generale. Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo, purchè ne dia immediatamente avviso all'accettante ». Ma nel capoverso di detto articolo 36 soggiunge che « qualora il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto, ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del con-

[1] Secondo un'altra teoria, detta della *recezione*, basta che il documento materiale contenente l'accettazione sia pervenuto al proponente, senza bisogno per altro che questi abbia la scienza dell'accettazione.

[2] Intorno alle varie teorie dedi l'ARNDTS-SERAFINI *Pandette*, II § 231, nota 2, *d*.

tratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione »; e nell'ultimo capoverso stabilisce che « nei contratti *unilaterali* (per esempio nel mandato, nella commissione, nel commodato, nel mutuo) le promesse sono obbligatorie appena giungono a notizia della parte cui sono fatte »; con le quali disposizioni il Codice vigente si avvicina moltissimo alla teoria della dichiarazione. Anche nel secondo capoverso, dopo aver premesso che la proposta e l'accettazione sono rivocabili sino a che non siano giunte a notizia dell'altra parte, dispone che « sebbene la rivocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopochè questa ne ha impresa l'esecuzione, il rivocante è tenuto al risarcimento dei danni [1].

Perchè esista consenso è poi naturalmente necessario che le manifestazioni delle due volontà sieno in perfetta armonia; perocchè se l'accettante, credendo erroneamente che il promittente abbia manifestato una volontà diversa da quella che ha di fatto, rivolge la sua dichiarazione ad un oggetto del tutto diverso da quello realmente contenuto nella promessa, il consenso non è che apparente, ma in realtà avvi dissenso. Se questo dissenso si è manifestato sopra un punto essenziale, non si forma contratto alcuno [2]. Ma se la differenza in un punto es-

---

[1] Sull'art. 36 del Cod. di commercio vedi Giorgi, *Teoria dell' obbl.*, vol. III, n. 240 e seg.; Bolaffio, nell'*Archivio giur.*, XXII, 505; Gabba, nel *Foro ital.*, 22, 1, pag. 21-43; Bianchi Ferdinando, negli *Studi giuridici pel XXXV° anno d'insegnamento di Filippo Serafini*, Firenze 1892, pag. 51-64; cfr. Cass. di Torino, 12 febbraio 1910 (*Giur. Tor.*, 1910, 557 e, 1534); Cass. Palermo 18 luglio 1911 (*Rir. Universale* 1911, 598); Appello Trani 29 aprile 1911, 953); (*Rir. Dir. Comm.* 1911, 953); App. Milano 8 sett. 1911 (*Temi lombarda* 1911, 834); App. Venezia 3 agosto 1911 (*Foro ven.* 1911, 595).

[2] A questo riguardo si applicano le regole esposte nel vol. I, § 24. Se oggetto del contratto è una quantità, il consenso esiste riguardo alla quantità minore indicata delle parti: Ulpianus, fr. 1, § 4, *de verb. obl.*, XLV, 1: *Si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem constat. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere*

senziale fra la dichiarazione della volontà e la volontà effettiva impedisce la perfezione del contratto, ciò nondimeno chi fu causa dell'errore può in certi casi esser tenuto a risarcire il danno, che d'altra parte ha risentito per aver legittimamente calcolato sull'esistenza del contratto [1].

La volontà concorde delle parti determina l'esistenza e l'indole del contratto, onde si richiede anzitutto un consenso serio e reale d'ambe le parti. Un contratto simulato non ha alcuna efficacia, o per lo meno non ha quella apparentemente voluta [2].

Se il consenso d'uno dei contraenti è stato determinato dalla violenza, un contratto in realtà esiste: ma chi ha patito la violenza, chiunque ne sia l'autore, può considerarlo come inefficace, ed anche richiedere quanto avesse dato pel timore del male minacciato [3]. Parimente può impugnare come non obbligatorio il contratto chi vi sia stato indotto dal dolo dell'altro contraente [4]. I mezzi giuridici, ai quali può ricorrere, sono.

---

summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse. Se poi in tali casi il consenso relativamente alla quantità minore sia sufficiente alla validità di tutto il negozio, è un'altra questione.

[1] A questo luogo appartiene la questione circa la responsabilità di colui che manifesta la sua volontà per telegrafo o mediante un messo. Secondo la maggioranza degli scrittori, se per svista di un impiegato telegrafico o per sbadataggine del messo viene riferita inesattamente la mia volontà, e l'altra parte, fidando nell'esistenza di un contratto, che realmente non si è conchiuso, ha subito un danno, io sono tenuto a risarcirglielo. Vedi F. SERAFINI, *Sul risarcimento del danno nei contratti nulli e imperfetti,* nel *Giurista di Napoli,* VII.

[2] PAULUS, fr. 3, § 2, *de obl. et act.,* XLIV, 7; MARCIANUS, fr. 45, e PAULUS, fr. 55, *de contr. emp.,* XVIII, 1; Const. 2, 3, 5, *plus valere quod agitur,* IV, 22. Vedi MANENTI, *Sulla serenità della dichiarazione di volontà nei negozi giuridici,* nell'*Archivio giur.,* LVI, 547-568.

[3] Const. 3, 4, 5, 7, 8, 10, 12, *de his quae vi,* II, 19 [20]; Const. 13, *de transact.*, II, 4; Const. 1 e 8, *de rescind. vend.*, IV, 44; Cod. civ., art. 1111-1113, 1300. Vedi vol. I, § 24.

[4] ULPIANUS, fr. 7, pr. § 10; GAIUS, fr. 8 e MARCIANUS, fr. 36, *de dolo,* IV, 3; ULPIANUS, fr. 11, § 5 e fr. 13, § 27, *de act. empt.,* XIX, 1. La parte danneggiata, anziché fare annullare tutto il contratto, può anche limitarsi a domandare un indennizzo (FLORETINUS, fr. 43, § 2 e PROCULUS, fr. 68, § 2, *de contr. empt.,* XVIII, 1; PAULUS, fr. 4 pr.; POM-

a seconda dei casi, l'*actio* o l'*exceptio quod metus causa*, l'*actio* o l'*exceptio doli*, o la *restitutio in integrum*, o l'azione del contratto.

L'errore sui motivi che non sia cagionato da dolo, non ha alcuna influenza sulla validità dei contratti [1]; ma l'errore può essere tale da escludere il consenso e quindi l'esistenza del contratto [2].

La mancanza di consenso, che suppone sempre una mala intelligenza fra i contraenti, fa che non esista contratto: 1° quando hanno in mente l'uno un contratto diverso dall'altro *(error in negotio)* [3]; 2° quando la volontà dei due contraenti non mira all'oggetto medesimo *(error in corpore)* [4].

L'errore può inoltre togliere efficacia al contratto: 1° quando cade sull'identità della persona dell'altro contraente, dato che si fosse voluto contrattare soltanto con quella persona, con cui l'altro fu scambiato [5]; 2° quando l'errore consiste nel ritenere l'oggetto fornito di una qualità, che giusta le idee predominanti lo farebbe ascrivere ad una classe di cose diversa da quella a cui appartiene realmente [6]; 3° quando la cosa, oggetto

---

PONIUS, fr. 9; ULPIANUS, fr. 13 §§ 4 e 5, *de act. empt.*, XIX, 1; fr. 9, pr. *de dolo*, IV, 3). Vedi vol. I, § 21 e pel Codice civile vedi gli art. 1115 e 1300.

[1] PAULUS, fr. 65, § 2, *de cond. ind.*, XII, 6; ULPIANUS, fr. 3 § 7, *de cond. causa data*, XII, 4. Vedi il vol. I, § 4.

[2] Vedi il vol I, § 24.

[3] PAULUS, fr. 3, § 28, *de obl. et act.*, XLIV, 7; POMPONIUS, fr. 9, pr. *de contr. empt.*, 1; ULPIANUS, fr. 18, *de reb. cred.*, XII, 1. Vedi vol. I.

[4] POMPONIUS, fr. 9, pr. § 2, *de contr. empt.*, XVIII, 1; PAULUS, fr. 83, § 1 e VENULEJUS, fr. 137, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1. Nulla importa che manchi l'accordo circa il nome o circa le pertinenze d'una stessa cosa principale (POMPONIUS, fr. 9, § 1 e PAULUS, fr. 31, pr. *de cont. empt.*, XVII, 1; ULPIANUS, fr. 32, *de verb. obl.*, XLV, 1). Se v'ha dissenso circa la somma o la quantità, i contratti unilaterali valgono sempre per la somma minore; i bilaterali solo quando colui che promette la controprestazione intendeva di dar meno di quanto pensava di ricevere il promissario. POMPONIUS, fr. 52, *locati*, XIX, 2. Vedi ARNDTS-SERAFINI, § 238.

[5] CELSUS, fr. 32, *de reb. cred.*, XII, 1. Cod. civ., art. 1110. Vedi anche il vol. I, § 24.

della prestazione, nei contratti bilaterali, fu creduta intatta dai contraenti, mentre in quel momento era già distrutta oltre la metà: in tal caso chi doveva riceverla non è più tenuto al contratto, laddove questo sarebbe nullo di pien diritto, quando si trattasse di distruzione totale sconosciuta alle parti, per la mancanza dell'oggetto [2].

Il contratto può essere conchiuso a tempo, sotto condizione e con un modo [3].

§ 104.

Dell'oggetto del contratto.

La prestazione, che forma oggetto del contratto, deve avere in generale le qualità, che già enumerammo per l'oggetto delle obbligazioni in genere (§ 100): dev'essere cioè fisicamente e giuridicamente possibile; dev'essere lecita: deve avere pel creditore un qualche interesse che meriti la protezione della legge; e finalmente non dev'essere intieramente rimessa all'arbitrio del debitore. Esaminiamo partitamente questi requisiti.

PRESTAZIONE POSSIBILE. — Se taluno si obbligasse ad un fatto assolutamente impossibile, come, per esempio, a far qualche cosa, che oltrepassi le forze dell'uomo o a non fare qualche cosa, a cui l'uomo non può sottrarsi, o a dare una cosa, che non esiste in natura, o che è sottratta al commercio, il con-

---

[1] Vedi ARNDTS-SERAFINI. *Pandette*, § 339, e sopratutto gli esempi riportati a detto paragrafo. — Sulla differenza fra il diritto romano e il Codice civile vedi il vol. I, § 24.

[2] PAULUS, fr. 57 e PAPINIANUS, fr. 58, *de contr. empt.*, XVIII, 1; GAIUS, fr. 1, § 9, *de obl. et act.*, XLIV, 7. — Oltre a ciò, l'errore circa la qualità o la quantità di un oggetto, oppure la slealtà d'uno dei contraenti possono, a seconda dei casi, far sorgere il diritto, talvolta ad una diminuzione proporzionata della controprestazione, talvolta allo scioglimento del contratto, talvolta anche alla prestazione dei danni e interessi. PAULUS, fr. 34, §§ 2, 3, fr. 57, e MODESTINUS, fr. 62, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1; il Tit. Dig., *de aedil. edict.*, XXI, 1. Vedi anche più sotto il § 136.

[3] Vedi il vol. I, §§ 27, 28.

tratto sarebbe nullo [1]. In questo caso d'impossibilità assoluta (impossibilità obbiettiva) il promittente non solo non è tenuto all'adempimento della prestazione, che è impossibile, ma nemmeno all'equivalente in danaro [2]. Tuttavia se l'accettante, non conoscendo nè avendo l'obbligo di conoscere l'impossibilità, risentì un danno per aver calcolato sull'esistenza del contratto, il promittente è tenuto a risarcirglielo [3]. L'azione in questi casi non è diretta ad ottenere ciò che si avrebbe, se il contratto fosse valido (poichè questa sarebbe in realtà un'azione per l'adempimento del contratto, la quale non può esperimentarsi appunto perchè il contratto è nullo), ma tende ad ottenere quello che si sarebbe avuto se non si fosse calcolato sull'esistenza del contratto; per esempio il risarcimento del danno patito dal compratore che ha tralasciato di provvedersi in altri luoghi degli oggetti che gli occorrevano e così via.

Che se poi l'impossibilità è soltanto relativa alla persona del promittente (impossibilità subbiettiva) il contratto vale, e quindi il debitore è obbligato a prestare al creditore l'equivalente in danaro [4], perfino nel caso che egli non conoscesse l'impossibilità della prestazione che ebbe a promettere [5].

---

[1] Gaius, fr. 1, § 9, *de obl. et act.*, XLIV, 7; § 1, Inst., *de inutil. stipul.*, III. 19. Cfr. § 2, *ivi*, e Ulpianus, fr. 34: Paulus, fr. 35, pr., fr. 83, § 5, e Modestinus, fr. 103, *de verb. obl.*, XLV, 1, e gli art. 1116 e 1461 del Cod. civ. All'impossibilità fisica è parificata l'impossibilità giuridica, come, per esempio, promettere di trasferire ad altri la proprietà di una cosa che già gli appartiene.

[2] Ciò vale perfino nel caso che quegli il quale promise un fatto impossibile conoscesse questa impossibilità (Paulus, fr. 57, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1). Vedi la nota seguente.

[3] Modestinus, fr. 62, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1; Javolenus, fr. 8, *de her. vend.*, XVIII, 4; Paulus, fr. 9, *h. t.* Cfr. Ulpianus, fr. 8, § 1, *de relig.*, XI, 7, e § 5, Inst., *de empt.*, III, 23.

[4] Venuleius, fr. 135, § 5, *de verb. obl.*, 1: *Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit, quum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.* Esempi di impossibilità relativa sarebbero la promessa di dare una cosa che non è nella proprietà del debitore (Ulpianus, fr. 34 e fr. 137, cit., § 4, *h. t.*; Ulpianus, fr. 28, *de contr. empt.*, XVIII, 1), o della quale egli non ha il commercio (Paulus, fr. 49, § 3, *de leg.*, II [31]; Ulpianus, fr. 49, *de leg.*, I [30].

[5] Se io prometto una cosa altrui, credendola mia, sono tenuto a tutti i danni (Javolenus, fr. 60, *de evict.*, XXI, 2; Const. 17, *de fide instr.*, IV, 21).

PRESTAZIONE ILLECITA. — I contratti illeciti sono nulli. Ad essi appartengono in primo luogo quelli che, per motivi d'ordine pubblico, sono proibiti dalla legge, (come, per es., i giuochi d'azzardo) e in secondo luogo quelli che sono contrari ai buoni costumi [1]. Tale è il contratto che ha per scopo di eccitare ad atti immorali o proibiti, e di impedire ciò che è comandato dalla legge [2]. Un contratto può essere illecito anche per turpitudine nei motivi, come quando taluno si fa promettere una ricompensa per astenersi da un delitto [3], o per fare il suo dovere [4].

INTERESSE PLAUSIBILE. - Perchè un contratto sia valido è anche necessario che rechi un interesse al creditore: ma tale interesse non deve essere esclusivamente pecuniario potendo avere anche natura morale. Così il semplice diletto e le affezioni possono costituire oggetto di contratto ed è quindi valida, ad es., l'obbligazione con cui il mio vicino promette di non disturbarmi in certe ore del giorno col suono e col canto: se però l'interesse che ha il creditore all'adempimento della prestazione non merita una tutela giuridica e non può valutarsi patrimonialmente, allora il contratto è nullo [5].

PRESTAZIONE INDETERMINATA. — La prestazione non dev'essere talmente indeterminata che rimanga in arbitrio del promittente il sottrarsi ad ogni obbligazione. Così, per esempio, sarebbe nullo il contratto, pel quale Tizio promettesse a Caio di dare

---

[1] ULPIANUS, fr. 26, *de verb. obl.*, XLV, 1; Const. 4, *de inut. stip.*, VIII, 39. Cfr. gli art. 1119 e 1122 del Codice civile.

[2] POMPONIUS, fr. 27, pr.; PAULUS, fr. 35, § 1, e PAPINIANUS, fr. 128, *de verb. obl.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 6, § 3, e PAULUS, fr. 22, § 6, *mand.*; XVII, 1; PAULUS, fr. 8, *de cond. ob turp. caus.*, XII, 5.

[3] ULPIANUS, fr. 7, § 3, *de pact.*, II, 14. Cfr. PAULUS, fr. 1, e ULPIANUS, fr. 2, *de cond. ob turp. caus.*, XII.

[4] ULPIANUS, fr. 2, § 1, e PAULUS, fr. 9, pr. *de cond. ob turp. caus.*, XII, 5. Per turpitudine è nullo anche il contratto intorno all'eredità di persona vivente. ULPIANUS, fr. 2, § 2, *de vulg. subst.*, XXVIII, 6. Cfr. c. 20, *de pact.*, II, 3, e l'art. 1118 Cod. civ.

[5] Per le discussioni e le varie opinioni su questo punto cfr. F. FILOMUSI, *Encicl. giur.* (6ª ed., 1910), p. 331-334.

o fare *qualche cosa*, senza indicare altro [1]; ma se dalle circostanze risultasse ciò che le parti ebbero in mira, o se la legge porgesse un sussidio per stabilirlo, il contratto sarebbe valido [2]. Così la prestazione non deve dipendere dal puro arbitrio del debitore, ma basta che esista un modo per quanto indiretto di determinarla [3].

§ 105.

Della causa dei contratti.

Sistema romano dei contratti. — I Romani partivano dal concetto che, tranne in alcuni casi speciali, il semplice consenso delle parti *(pactum, conventio)* non bastasse a costituire un'obbligazione pienamente e civilmente efficace: ritenevano quindi necessario che al consenso si aggiungesse sia una forma speciale, sia una speciale prestazione, sia infine uno speciale riconoscimento del diritto civile o onorario. Questi diversi requisiti erano compresi sotto il nome generico di *causa*, *causa civilium obligationum*, *causa civilis* [4].

---

[1] Marcellus, fr. 94, 95, e Papinianus, fr. 115, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1, e Gaius, fr. 35, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1.

[2] Ulpianus, fr. 7, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1. Così, per esempio, se il padre promette una dote, senza indicarne l'ammontare, la promessa è valida, perchè s'intende che abbia costituito quella dote che la legge gl'impone di dare, cioè una dote congrua. Così pure se taluno promettesse di dare tanto, quanto ebbe a pagare un altro; o se la determinazione della quantità delle cose che formano oggetto del contratto fosse rimessa all'arbitrio di una terza persona, od anche al giusto criterio del debitore, il contratto sarebbe valido (Const. 3, *de dot. prom.*, V, 11; Papinianus, fr. 69, § 4, *de iure dot.*, XXIII, 3. Cfr. art. 1117 e 1454 Cod. civ.).

[3] Vedi, per esempio, quanto diciamo del prezzo nella vendita (§ 136).

[4] Ulpianus, fr. 7, § 4, *de pact.*, II, 14: *Sed quum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit.* Paulus, *Sententiae*, II, 14, 1: *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur, sed parit exceptionem.* Cfr. Ulpianus, fr. 15, *de praescr. verb.*, XIX, 5. Il pretore accordò al nudo patto l'*exceptio*.

Una forma speciale di obbligazione si ha, prescindendo infatti dall'antichissima forma del *nexum*, nel contratto verbale *(verborum obligatio)*, che risulta di una solenne domanda e di una solenne risposta, per cui l'uno (il creditore) propone e l'altro (il debitore) accetta la proposta [1]. Quella forma si ha pure nel contratto letterale *(literarum obligatio)* dove la riduzione in iscritto dell'oggetto del contratto, non è diretta ad offrire una prova della perfezione di esso, ma è la sola base giuridica dell'obbligazione, oltre il consenso delle parti, che è sempre necessario.

Era riconosciuta poi come causa civile di obbligazione una speciale prestazione in tutti quei casi nei quali taluno riceveva da altro in proprietà o in semplice possesso una o più cose obbligandosi alla restituzione delle medesime o della medesima quantità. In questi casi i Romani riconoscevano la causa civile del rapporto obbligatorio non già nella semplice convenzione, ma nella consegna della cosa *(re contrahitur obligatio)*. Ciò avveniva in cinque specie di contratti: *mutuum, fiducia, commodatum, depositum, pignus*, i quali per questo appunto furon detti, dai moderni, contratti reali.

Il concetto sul quale riposava questa categoria speciale di contratti fu esteso dalla giurisprudenza romana ad altri contratti, i quali avevano con essi una evidente affinità ed abbisognavano di una tutela giuridica. Quando, per esempio, taluno si obbligava a trasferire la proprietà di una cosa in cambio di un'altra o a fare qualche cosa a condizione di una prestazione qualunque dall'altra parte, era evidente la necessità di

---

Vedi Manenti, *Appunti critici sulla teoria generale dei pacta*, Siena 1891; Ferrini, nel *Filangieri*, XVII, 1, 65-92; Kniep, *Praescriptio und pactum*, Leipzig 1891; Sacchi, *Teoria generale dei pacta*, nell'*Archivio giur.*, LIV, 3-52. [Un diverso concetto di causa fu esposto recentemente dal Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, nella *Rivista di dir. comm.*, 1908. Per diritto civile, vedasi Venezian, *La causa dei contratti*, Roma 1892].

[1] Una *verborum obligatio* si aveva pure nell'antica *dotis dictio* (vedi § 164), e nella promessa giurata che il liberto faceva al patrono di certe opere (*Epitome*, Gai., II, 9; III, 4).

tutelare con un'azione il diritto di quella parte, che dal canto suo aveva già eseguita la prestazione pattuita, ad esigere l'adempimento dall'altra. Convinti di ciò, i giureconsulti ammisero prima che colui che avesse già eseguita la prestazione potesse ripeterla, ove la controprestazione non fosse avvenuta, con una *condictio (c. causa data causa non secuta)* e più tardi fu anche ammesso che in quella prestazione, come nella consegna della cosa nei contratti reali, si contenesse una causa civile di obbligazione, aiutandosi con azioni *in factum* o azioni civili *praescriptis verbis* sul tipo dell'*aestimatoria* proposta nell'Editto [1]. Questi contratti erano di per sè suscettibili della più grande varietà e non ebbero quindi nomi speciali, ma vennero classificati dai giureconsulti (o almeno dai compilatori) in modo generale secondo l'oggetto della prestazione, secondochè cioè questa consisteva in un reciproco dare o in un reciproco fare, o in un dare da una parte ed un fare dall'altra: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.* I moderni li chiamano contratti innominati.

In alcuni altri casi finalmente la causa civile consisteva nel riconoscimento, che il diritto o civile o onorario accordava alla semplice convenzione delle parti, al semplice consenso *(consensu fiunt obligationes)*. Questo riconoscimento avvenne fino dai più antichi tempi per quattro contratti importantissimi nel commercio ordinario: per la *emptio-venditio*, la *locatio-conductio*, la *societas*, il *mandatum*. Si ritenne per essi che la sola concorde

---

[1] CELSUS, fr. 2, *de praescr. verb.*, XIX, 5: « *Quum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est* ». Cfr. Const. 6, *de trans.*, II, 4. In generale, la *demostratio*, che è la prima parte della formula, designa col suo nome giuridico il fatto che serve di base all'azione, per esempio: QUOD AULUS AGERIUS VENDIDIT DEPOSUIT, ecc. (GAI., IV, 40. Vedi il vol. I, § 36). Ma questo sistema non è applicabile a quei contratti che non hanno un nome giuridico, nei quali per conseguenza si descrive, ossia si fa conoscere la prestazione, mediante cui sono formati, e la prestazione che viene domandata da chi per parte sua ha già eseguito il contratto. La vera formula dell'*actio praescriptis verbis* è indicata da STEFANO: cfr. FERRINI, *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario dell'Università di Bologna*, pag. 88. La confusione fra *actio in factum* (preferita qui dai Sabiniani) e

volontà delle parti bastasse a far sorgere il vincolo obbligatorio; d'onde un'altra categoria, quella dei contratti consensuali [1].

Tutte le altre convenzioni non comprese in queste categorie si dicevano *nuda pacta* e si riputavano non producenti una obbligazione civile, ma solo naturale. Tuttavia anche ad alcuni di questi patti si accordarono presto effetti civili senza comprenderli nella categoria dei contratti consensuali, e perciò son detti dai moderni patti vestiti. Tali furono, oltre i patti aggiunti ai contratti di buona fede, che si facevano valere colla stessa azione contrattuale, perchè *contractui inesse videntur (pacta adiecta)*, il *constitutum* [2], il *receptum nautarum, receptum argentarii* ed altri riconosciuti dal diritto pretorio *(pacta praetoria)*, alcune convenzioni sugli interessi [3], le convenzioni dotali, il contratto di donazione ed altri riconosciuti da fonti del diritto, che avessero forza di legge, come l'interpretazione giuridica e le costituzioni di principi *(pacta legitima)*.

Per tal modo il sistema romano dei contratti può ridursi alla seguente tabella:

1° *Contractus:*

a) Contratti verbali;

b) Contratti letterari;

c) Contratti reali *(mutuum, commodatum, depositum, pignus)*;

---

actio civilis praescriptis verbis si deve ad infelici interpolazioni dei compilatori, ai quali è dovuta del resto, secondo l'opinione di molti scrittori recenti, l'introduzione della *a. praescriptis verbis*; cfr. BONFANTE, *Ist.* (5ª ed. § 166, p. 469); PEROZZI, *Ist.* (II, § 178, p. 280); BESELER, *Beiträge* (II, 1911, p. 156 e seg.).

[1] GAI., III, 135-157: « *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit, eos, qui negotium gerunt, consensisse* ». Cfr. PEROZZI, nella parte I del *Volume in onore di Fr. Schupfer*, 163-199.

[2] Il costituto e il *receptum* dei banchieri non erano però nelle loro origini meri contratti consensuali.

[3] Sui mutui fatti dai municipii e sui mutui di cose fungibili alimentari vedi FERRINI, *Sulla teoria generale dei pacta*, nel *Filangieri*, XII, 2.

d) Contratti consensuali *(emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum);*

e) Contratti innominati *(do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias).*

2° *Pacta:*

a) Patti nudi;

b) Patti vestiti *(pacta adiecta, pacta praetoria, pacta legitima).*

Sistema moderno dei contratti. — Questo sistema romano dei contratti, che aveva già subito rilevanti modificazioni sotto gli imperatori cristiani fino a Giustiniano, non fu accolto dopo il rinnovamento del diritto romano nella moderna Europa. La eccezione dei contratti consensuali e dei patti vestiti divenne la regola, nè si fece più alcuna distinzione fra *contractus* e *pacta*, ma si ammise il principio che il semplice consenso senza bisogno di forma fosse una sufficiente causa civile per ogni specie di contratti. E questo principio è passato in massima anche nelle moderne legislazioni.

Il diritto patrio richiede che l'obbligazione, perchè produca effetti giuridici, sia fondata sopra una causa e che questa sia lecita (Cod. civ., art. 1119). La causa si presume, ma se colui che assunse l'obbligazione riesce a provare che questa è senza causa, o è fondata sopra una causa falsa od illecita, l'obbligazione non ha alcun effetto [1].

§ 106.

Distinzioni di contratti.

Le più importanti distinzioni dei contratti, oltre quelle indicate nel paragrafo precedente, sono quelle dei contratti bilaterali e unilaterali, onerosi e gratuiti, principali ed accessori, solenni e non solenni, di buona fede e di stretto diritto.

[1] Cod. civ., art. 1119-1122. Talvolta il Codice civile richiede, oltre il consenso, una forma specifica, per esempio l'atto autentico, o la scrittura privata, sotto pena di nullità.

CONTRATTI BILATERALI E UNILATERALI. — Il contratto è bilaterale quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri. Così per esempio, il contratto di compra e vendita, di locazione e conduzione, di società ecc.[1]. Nei contratti bilaterali ognuno dei contraenti è creditore e debitore ad un tempo; nella compra e vendita, per esempio, il venditore è debitore della merce e creditore del prezzo, ed il compratore è debitore del prezzo e creditore della merce. Ora siccome dai contratti bilaterali nascono sempre obbligazioni reciproche, così ne derivano sempre due azioni. Il compratore, per esempio, ha l'*actio empti* per chiedere la consegna della merce e il venditore ha l'*actio venditi* per ottenere il prezzo. Ambedue queste azioni sono *directae*, perchè ambedue nascono direttamente e necessariamente dal contratto stesso.

I contratti unilaterali sono quelli, pei quali una persona si obbliga verso un'altra, senza che questa assuma alla sua volta alcun obbligo. In questi contratti l'uno dei contraenti è esclusivamente creditore e l'altro è esclusivamente debitore. Per conseguenza una sola è l'azione che risulta direttamente dai medesimi, cioè l'azione del creditore contro il debitore. Così, per esempio, il contratto di mutuo non dà luogo che ad una azione la *condictio mutui*, colla quale il creditore può chiedere al suo debitore la restituzione della somma o quantità mutuata.

Ma nei contratti unilaterali accade talvolta che il debitore nell'eseguire la sua obbligazione soffra delle perdite accidentali o faccia delle spese, di cui il creditore per giustizia debba indennizzarlo: la legge accorda allora al debitore un'azione per costringere il creditore a prestargli quell'indennità. Cotale azione per altro ha occasione da fatti estrinseci al contratto, nasce accidentalmente, ed è quindi affatto distinta da quella che nel contratto risulta direttamente e necessariamente; di guisa che mentre quest'ultima è un'*actio directa*, quella invece ha nome *actio contraria*. Il depositario, ad esempio, pel solo fatto dell'avere ricevuto una cosa in deposito è necessariamente obbligato a restituirla; e il deponente ha contro di lui l'*actio depo-*

[1] ULPIANUS, fr. 19, *de verb sign.*, L. 16; Cod. civ., art. 1099.

siti directa, appunto perchè è concessa quale conseguenza diretta e necessaria del contratto di deposito. In quella vece, se il depositario ha fatto delle spese necessarie per la conservazione della cosa depositata, perchè ne possa ottenere il rimborso, la legge gli accorda un'azione detta anch'essa *actio depositi*, come occasionata dal deposito; ma poichè non deriva direttamente e necessariamente dal contratto, ma accidentalmente in occasione del deposito, chiamasi *actio depositi contraria* in contrapposto alla *directa*, che spetta al solo deponente. La possibilità di queste azioni contrarie si riscontra nella maggior parte dei contratti che hanno per scopo immediato di imporre degli obblighi ad una soltanto delle parti, come, per esempio, nel deposito, nel commodato, nel mandato [1].

Contratti onerosi e gratuiti. — È a titolo oneroso quel contratto nel quale ciascuno dei contraenti intende mediante un corrispettivo di procurarsi un vantaggio, come, per esempio, la compra e vendita, la locazione e conduzione, la società, la permuta; a titolo gratuito quello in cui uno dei contraenti intende procurare all'altro un vantaggio senza correspettivo, come, per esempio, il contratto di donazione, il commodato, il mandato [2].

Contratti principali ed accessori. — Diconsi contratti principali quelli che possono stare da sè, come la vendita, la locazione, la permuta; sono invece accessori quelli che dipendono da altri contratti, come la fideiussione, il contratto di pegno, il patto d'ipoteca ed altri simili.

Contratti solenni e non solenni. — Nel diritto romano dicevansi solenni o formali quei contratti nei quali la forma costituiva la causa (*causa civilis*) dell'obbligazione [3]. Contratti

---

[1] Alcuni scrittori dànno a questi contratti unilaterali, dai quali nasce una azione *directa* ed una *contraria*, il nome di contratti sinallagmatici imperfetti o inegnali. Quello che importa non dimenticare si è che l'eventualità dell'*actio contraria* non toglie loro il carattere di contratti unilaterali. In alcuni casi l'*actio contraria* è nata posteriormente alla *directa*.

[2] Alcuni dei contratti onerosi diconsi aleatori o di sorte, perchè il vantaggio per ambedue i contraenti o per uno di essi dipende da un avvenimento incerto (art. 1101-1102 Cod. civ.).

[3] Vedi il § 105.

solenni in questo senso, dalla cambiale in fuori, non esistono più nel diritto moderno. Il Codice civile patrio però ammette i contratti solenni d'un'altra specie; e sono quelli dove non basta il consenso delle parti, ma si richiede una forma specifica di quel consenso, cioè l'atto pubblico o la scrittura privata non già per la prova, ma per la costituzione di un contratto valido [1].

CONTRATTI DI STRETTO DIRITTO E DI BUONA FEDE. — Nelle fonti giustinianee diconsi contratti di stretto diritto *(stricti iuris)* quelli che il diritto civile romano ammetteva espressamente e solo perchè fondati su precise formalità; di buona fede quelli che basati o no su precise formalità, erano solo riconosciuti dal diritto civile, ma traevano la loro origine dall'*ius gentium:* ai primi appartenevano, per esempio, la *stipulatio* e il *mutuum;* ai secondi la società, il commodato, ecc. Probabilmente la distinzione non risale al diritto classico, che distingueva soltanto fra azioni di stretto diritto e azioni di buona fede; la nuova classificazione sembra siasi sostituita all'antica mediante interpolazione dei testi delle Pandette [2].

§ 107.

Degli effetti dei contratti.

L'effetto dei contratti è che il promittente deve adempiere ciò che ha promesso. Se ambedue le parti si sono obbligate a qualche prestazione, come avviene per lo appunto nei contratti bilaterali, ciascuno ha l'azione verso l'altra fin dal momento in cui il contratto è legalmente formato; ma, siccome sarebbe con-

---

[1] Art. 1056, 1382 1978. Quando manca la solennità prescritta, non viene ammessa alcuna prova dell'esistenza di siffatto contratto. Trattandosi invece di contratto non solenne, può ottenersene l'esecuzione presso il giudice, purchè l'avversario lo riconosca, anche indipendentemente dal contratto scritto; e, se l'avversario lo nega, è permesso deferirgli il giuramento decisorio, e, secondo le circostanze, è ammissibile anche la prova testimoniale (Cod. civ., art. 1341 e 1364).

[2] Cfr. in questo senso DI MARZO, *Bonae fidei contractus,* nell'*Archivio giuridico,* LX, 1903.

trario alla equità di condannare una parte all'esecuzione della sua promessa, mentre l'altro contraente non ha peranco eseguito la sua, così la legge accorda un *exceptio doli*, colla quale si può respingere l'azione di chi esige la prestazione dell'avversario senza avere adempito la propria [1].

Il vincolo obbligatorio creato di comune accordo dalla volontà delle due parti non può essere risoluto per la volontà isolata di una di esse, nemmeno nel caso che l'altra mancasse all'esecuzione della promessa [2]. Nei contratti innominati però, come si è visto, la parte che ha eseguito la prestazione può prevalersi di quella inesecuzione per chiedere la restituzione di ciò che ha dato con la *condictio causa data causa non secuta* [3].

Il Codice civile ha esteso questo principio a tutti i contratti bilaterali colla seguente disposizione (art. 1165): « La « condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilate- « rali, pel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua « obbligazione. In questo caso il contratto non è sciolto di di- « ritto. La parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione ha « la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, « quando sia possibile, o di domandare lo scioglimento, *oltre* il « risarcimento dei danni in ambedue i casi » [4].

I contratti legalmente formati obbligano coloro che li hanno fatti ed i loro eredi [5], ma di regola non pregiudicano, nè gio-

---

[1] In via d'eccezione la legge ha stabilito che il locatore debba adempiere per primo la sua obbligazione, purchè le parti non abbiano disposto diversamente (PAULUS, fr. 24, § 2, XIX, 2).

[2] Const. 8, *de contr. empt.*, VII 38 e Const. 5 *de obl. et act.*, IV, 10.

[3] PAULUS, fr. 5 § 1. *de praescr. verb.*, XIX, 5. In diritto romano non si ha diritto al risarcimento dei danni. Inoltre se una terza persona ha acquistato diritto sulla cosa, essi non possono venire pregiudicati dalla *condictio causa data causa non secuta*: in quella vece per le combinate disposizioni degli articoli 1158, 1165 e 1170 del Codice civile, il contratto resta sciolto come se non si fosse mai conchiuso, e quindi cessano i diritti che i terzi avessero acquistato sulla cosa.

[4] Vedi GALLAVRESI. *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Milano 1877.

[5] Const. un., *ut act. ab her.*, IV, 11; art. 1123 e 1137 Cod. civile.

vano ai terzi [1]. Ora si domanda se per contrattare sia sempre necessario agire in proprio nome, o se si possa contrattare anche per mezzo di un rappresentante.

Si è già avvertito altrove (§ 103) che il contraente può manifestare egli stesso la sua volontà, oppure manifestarla col mezzo di altre persone, che gli servono di strumento; ma qui non si tratta già di vedere se una persona possa servire di mezzo alla comunicazione della volontà, ma si vuol sapere se taluno possa, manifestando la volontà propria, farla considerare come volontà di colui, a nome del quale la emette.

Stando rigorosamente ai principii dell'antico diritto romano, il mandatario non poteva contrarre direttamente in nome del mandante, ma solo in nome proprio, di guisa che i diritti e le obbligazioni nascenti dal contratto colpivano *direttamente* il mandatario [2], salvo poi ad esso il diritto di agire contro il mandante, e salvo ancora a quest'ultimo di agire verso il proprio mandatario, o di chiedere la cessione delle azioni risultanti dal contratto [3].

In seguito si ammise che coloro, i quali avessero contratto con un mandatario, potessero agire *utiliter* contro il mandante: e viceversa che il mandante potesse agire egli pure come se l'azione gli fosse stata ceduta [4]. Codesto principio del diritto romano, che dai contratti conchiusi da un mandatario non nascessero che azioni *utili* in favore e contro il mandante, subì delle modificazioni [5], e nel diritto odierno vale la regola gene-

---

In certi casi però la natura stessa dell'obbligazione si oppone a che essa passi agli eredi come nel mandato e nella società.

[1] Const. 1-3, Cod., *inter alios acta*, VII, 60; PAULUS, fr. 11, *de obl. et act.*, XLIV, 7; SCAEVOLA, fr. 73, § 4, *de reg. iur.*, L, 17; Cod. civ., art. 1130.

[2] PAULUS, fr. 11, *de obl. et act.*, XLIV, 7 fr., 126, § 2, *de verb. obl.*, XLV, 1; Const. 1, *per quas pers.*, IV, 27; Const. 26, *de iur dot.*, V, 12.

[3] ULPIANUS, fr. 8, § 10, e PAULUS, fr. 45, pr. *mandati*, XVII, 1.

[4] Id., fr. 27 e 28, *de procur.*, III, 13; fr. 13, § 25, *de act. empti*, XIX, 1.

[5] ULPIANUS, fr. 9, § 8, *de reb. cred.*, XII, 1; SCAEVOLA, fr. 35, § 2, *de donat.*, XXXIX, 5; PAULUS, fr. 126, § 2, *de verb. obl.*, XLV; 1; Const. 2, *per quas pers.*, IV, 27.

rale che il rappresentante può contrarre direttamente in nome del suo rappresentato, che acquista per tal modo diritti ed obbligazioni dal contratto, come se lo volesse conchiuso in persona [1].

In stretta relazione colla conclusione dei contratti per mezzo di rappresentanti stanno le seguenti tre questioni:

I. - Se si possa stipulare validamente a favore di un terzo [2].

II. - Se si possa validamente promettere il fatto di un terzo.

III. - Se sia valido il contratto del rappresentante con se stesso [3].

Prima questione. — La prima questione è di vedere se da una convenzione, che taluno fa in proprio nome a vantaggio di un terzo, nascano diritti per lo stipulante o pel terzo, a vantaggio del quale fu stipulato. Per esempio: Tizio si fa promettere da Caio che questi costruirà una casa a Sempronio. In primo luogo si domanda se Tizio abbia azione contro Caio per chiedere l'adempimento della promessa; ed in secondo luogo, se da quel contratto nasca un'azione per Sempronio.

È regola generale che chi non ha interesse non può agire [4].

---

[1] Cap. 66 in VI^to^, *de reg. iur.*, V, 12: « *Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum* ». Cap. 72, *iri*: « *Quid facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum* ». S'intende da sè che il rappresentante per obbligare il suo mandante deve agire direttamente in nome di lui entro i limiti del mandato ricevuto. Vedi anche gli articoli 1128 e 1752 del Codice civile.

[2] Tartufari, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona 1891, e su di lui Scaffa, nell'*Archivio giur.*, XLVII; Massa, *I contratti in favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano*, nell'*Archivio giur.*, L, 37-67, 199-214, 344-378; Pacchioni, *I contratti a favore di terzi*, Innsbruck 1898, e su di esso Brugi, nell'*Archivio giur.*, LXI (nuova serie, II), 181; Eisele, *Beiträge zur Rom. Rechtsgeschichte*, 1896; Bonfante, *Un contratto a favore di terzi nell'era classica* (Studi per Brugi, 1910, p. 193).

[3] Arnò, *Il contratto con se medesimo (Selbstcontrahiren)*, nell'*Archivio giur.*, LVI, 19-39, 256-273, 473-486, 579-593; LVII, 251-273 e 408-422; Scaffa, nell'*Archivio giur.*, LXI (nuova serie, II), 345-368.

[4] Ciò è tanto vero che non si poteva prima di Giustiniano stipulare nemmeno in modo che la prestazione dovesse essere soddisfatta al proprio erede; e lo stesso dicasi riguardo alla promessa: *Obligatio ex heredis persona*

Per conseguenza se taluno ha stipulato a vantaggio di un terzo, bisogna vedere se abbia interesse, o no, a chiedere l'adempimento della promessa. Se egli non ha interesse alcuno, la stipulazione è nulla [1]; ma se egli ha un interesse proprio a che il contratto venga eseguito, la stipulazione vale ed egli ha l'azione per chiederne l'adempimento [2]. Se alcuno avesse stipu-

---

incipere non potest (GAI., III, 100, 117, 119, 158). Giustiniano abolì questa regola (§ 13, Inst., *de inut. stip.*, III, 19; Const. 11 e 15, *de inut. stip.*, III, 38; Const. un., *ut act. ab hered.*, IV, 11).

[1] § 19, Inst., *de inut. stip.*, III, 20: « *Alteri stipulari nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris* ». Vedi anche ULPIANUS, fr. 38, § 17, *de verb. obl.*, XLV, 1, e Codice civile, art. 1128: « Nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per se medesimo ».

[2] § 20, Inst., *de inut. stip.*, III, 19: « *Sed et si quis stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere* ». (Vedi anche il capoverso dell'art. 1128 Cod. civ.). — Suppongasi, per esempio, che io sia obbligato verso Sempronio a ricostruirgli in un dato tempo la sua casa che minaccia di rovinare. Io faccio un contratto con Caio perchè ricostruisca egli stesso nel detto termine la casa di Sempronio. Si reputa che io abbia stipulato piuttosto per me che per Sempronio, e il contratto è valido, appunto perchè io ho un interesse personale che si faccia nel predetto termine quella ricostruzione, essendo in difetto di ciò obbligato ai danni. Il citato § 20 delle Istituzioni ci fornisce i seguenti esempi: Un pupillo ha più tutori: uno di questi tutori, dopo avere assunto l'amministrazione della tutela, cede l'amministrazione ad altro dei contutori, stipulando con lui *rem pupilli salvam fore*. Il tutore che cedette l'amministrazione non cessa di essere responsabile; egli ha dunque interesse a che la tutela sia bene amministrata e quindi la stipulazione è valida. — Un mandatario è incaricato dell'amministrazione dei miei affari, al cui buon andamento si richiede che il mio procuratore non manchi di danaro. In tal caso io posso stipulare validamente con un terzo che egli fornirà danari a quel mio procuratore. — Io ho un creditore, il quale se non è puntualmente pagato, potrà prevalersi di una clausola penale e vendere gli oggetti che gli detti in pegno. Anche in questo caso posso validamente stipulare che un terzo darà al mio creditore il danaro di cui gli sono debitore. — Il § 19, *loc. cit.*, ci insegna che chi stipula a vantaggio di un terzo può evitare la prova di avere un interesse all'esecuzione dell'obbligazione, aggiungendo alla stipulazione una clausola penale: per esempio: io mi faccio promettere da Caio di costruire una casa

lato per sè e per un terzo, la stipulazione vale per lui, ma soltanto per metà [1].

Resta ora a vedere se dall' anzidetta stipulazione nasca azione pel terzo, a vantaggio del quale fu stipulato. Il terzo nel diritto giustinianeo non acquista azione che nei seguenti casi eccezionali [2]:

1.° Quando taluno dona una cosa coll' incarico di restituirne parte ad un terzo, o di dargliene qualche altra o di restituirgli tutta la cosa dopo averne goduto per qualche tempo [3].

2.° Quando l' ascendente, che costituisce una dote alla figlia, ne stipula la restituzione a questa o ai discendenti di lei [4].

3.° Quando si consegna una cosa in deposito o a titolo di commodato coll' incarico di restituirla ad un terzo [5].

4.° Quando si consegna ad alcuno una cosa coll' incarico di portarla ad un terzo [6].

5.° Quando si stipula in favore dei proprii eredi o di alcuno di essi [7].

---

a Sempronio, ed, in mancanza, di pagarmi 1000 lire. Così anche pel Cod. civ., art. 1128.

[1] Tale era l' opinione dei Proculiani, accettata da Giustiniano (POMPONIUS, fr. 110 pr., *de verb. obl.*, XLV, 1; § 12, Inst., *de inut. stip.*, III, 19). I Sabiniani, invece, sostenevano che l' obbligazione era valida per lo stipulante per l' intiero *(in solidum)*: GAI., III, 103.

[2] Non è una di queste eccezioni l' *adiectus solutionis causa*, cioè colui che il creditore si aggiunge, onde gli si possa fare una valida *solutio*, gli si possa eseguire la prestazione. Infatti, in ultima analisi, v' ha un solo creditore che è lo stipulante.

[3] Const. 3, *de don. sub. modo*, VIII, 55, art. 1128 Cod. civ. Tale stipulazione è in realtà una seconda donazione, e per essere irrevocabile deve essere accettata dal terzo, a cui vantaggio è stata fatta (Cod. civ., art. 1128).

[4] PAULUS, fr. 45, *sol. matr.*, XXIV, 3; Const. 7, Cod. *de pact. conv.*, V, 14.

[5] Const. 8, *ad exhib.*, III, 42.

[6] JULIANUS, fr. 6, § 2, *de neg. gest.*, III, 5.

[7] Così ha stabilito Giustiniano (Cod. IV, 11), mentre nel diritto anteriore era bensì lecito stipulare per sè ed eredi, ma non pei soli eredi (GAI., III, 100, 117 e 158).

6.° - Quando il rappresentante di una persona giuridica o un tutore stipulano in favore della persona rappresentata [1].

7.° - Finalmente quando il creditore pignoratizio nel vendere la cosa pignorata riserva al pignorante il diritto di ricupera [2].

Accanto a queste eccezioni va ricordato il principio romano che il padrone acquista direttamente i crediti risultanti dalle stipulazioni degli schiavi e delle persone soggette alla podestà di lui [3].

Seconda questione. — Se taluno promette il fatto di un terzo, con ciò non obbliga il terzo, che non ha preso parte al contratto; egli però obbliga se stesso, ogni qualvolta abbia manifestato esplicitamente e implicitamente l'intenzione di obbligarsi [4], sia che abbia guarentito l'esecuzione della promessa per parte del terzo, sia che abbia promesso di far sì che il terzo la eseguisca [5], sia che la promessa, che esso fa pel terzo si connetta con quella che fa in proprio nome [6].

Terza questione. — La terza questione consiste nel vedere se taluno nella sua qualità di rappresentante possa contrarre

---

[1] ULPIANUS, fr. 5, § 9, *de pec. constit.*, XIII, 5.

[2] MARCIANUS, fr. 7, § 1, *de distr. pign.*, XX, 5.

[3] Gli schiavi e le persone soggette all'altrui podestà sono strumenti del loro padrone: *fili vox tanquam tua intelligitur* (§ 3, Inst., *de inut. stipul.* III, 19).

[4] Se egli ha promesso pel terzo e per sè è tenuto per la metà (Nov. 105, cap. 6). Se manca ogni intenzione esplicita o implicita, di obbligare se stesso, la promessa è inefficace (§ 3, Inst., *de inut.*, III, 19): « *Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum* ». Confronta: ULPIANUS, fr. 38, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1: « *nemo autem alienum factum promittendo obbligatur.* Nella pratica forense medievale fu introdotto un principio diverso: si presume, cioè, che chi promette il fatto di una terza persona obblighi se stesso. Così il Codice civ., art. 1129.

[5] §§ 3 e 21, Inst., *de inut. stip.*, III, 19; ULPIANUS, fr. 38 §§ 1, 2, 13 e 24; PAULUS, fr. 83, pr. e POMPONIUS, fr. 112, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1; HERMOGENIANUS, fr. 65, *de fideius.*, XLVI, 1; ULPIANUS, fr. 13 pr. e VENULEJUS, fr. 18 e 19, *rata rem hab.*, XLVI, 8.

[6] Per esempio, il debitore promette al suo creditore di fornirgli un fideiussore (ULPIANUS, fr. 14, § 2, *de pec. const.*, XIII, 5).

con se stesso quale privata persona, ovvero se una persona rappresentante di due altre possa compiere da sola un contratto tra le due persone rappresentate.

Sembra che il diritto romano non abbia in via generale presupposta la ammissibilità di siffatti contratti; d'altra parte però è certo che per alcuni casi il contratto del rappresentante con se stesso fu ammesso dai romani. Un primo caso si ha nel *sibi solvere* che ha luogo quando o il rappresentante del patrimonio del rappresentato esegue a se stesso il pagamento, appropriandosi oggetti che sino allora appartennero al rappresentato, o egli dal suo patrimonio eseguisce il pagamento a sè nella sua qualità di rappresentante trasferendo nel patrimonio del rappresentato oggetti suoi [1]. I romani ammisero inoltre che il tutore possa, dal patrimonio del pupillo, dare a se stesso, nella sua qualità di privata persona, una somma di denaro a mutuo, obbligandosi in nome proprio a restituire quella data somma di denaro al pupillo, il quale è in conseguenza divenuto immediatamente creditore del tutore [2]. Da ultimo, mentre è espressamente vietato al rappresentante di conchiudere un contratto di compra-vendita con se medesimo, si fa eccezione per il caso speciale di vendita *ex auctione*, cioè all'asta pubblica [3]. Avendo il diritto romano riconosciuto il contratto con se medesimo solo in modo casuistico [4], così detto norme speciali proprie di ciascun caso, acciò siffatto contratto possa aver luogo; tuttavia in ogni caso è richiesto sempre che il contratto con se medesimo avvenga *palam aperteque*, vi sia la *bona fides* da parte del rappresentante, e che il contratto al suo sorgere corrisponda all'interesse del rappresentato.

---

[1] Ulpianus, fr. 9, § 5, *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7; Paulus, fr. 12 e Scaevola, fr. 34, *de neg. gestis.*, III. 5; Ulpianus, fr. 6, § 6, *mandati v. contra*, XVII, 1.

[2] Ulpianus, fr. 9 § 7; Tryphoninus, fr. 54, *de administr. et peric. tut.*, XXVI, 7.

[3] Paulus, fr. 2, §§ 8 e 9, *pro emptore*, XLI, 4; Const. 5, IV, 58.

[4] Non è improbabile che oltre a quelli che s'incontrano chiari e netti nelle fonti, altri casi vi fossero pure nel diritto romano di contratti con se medesimo.

§ 108.

Dei modi di garentire l'esecuzione dei contratti.

Molti sono i modi coi quali il creditore può assicurarsi lo adempimento del contratto, come, per esempio, il pegno e l'ipoteca [1], la fideiussione [2], il costituto di debito [3], il giuramento promissorio, la caparra e la pena convenzionale. Qui diremo di questi tre ultimi modi soltanto.

DEL GIURAMENTO PROMISSORIO. – Chi corrobora la propria obbligazione con un giuramento promissorio non si vincola giuridicamente più di quanto lo fosse senza di esso, ed in specie un negozio nullo non acquista validità [4]. Nondimeno in diritto romano v'hanno eccezioni su questa regola. La promessa giurata dal liberto di prestare opere al patrono diventa efficace appunto in forza del giuramento [5]; chi rompe una transazione giurata incorre nella infamia [6]; finalmente, per un rescritto di Alessandro Severo, nella compera di un fondo è negata la restituzione in intiero al minore, che vi abbia rinunciato con giuramento [7].

---

[1] Vedi il vol. I, § 92.

[2] Vedi più sotto, § 143.

[3] Vedi più sotto, § 144.

[4] ULPIANUS, fr. 7, § 16, *de pact.*, II, 14; Const. 5 § 1, *de legib.*, I, 14; Nov. 51 e 88. Vedi BERTOLINI, *Il giuramento*, pag. 43 e seg; Roma 1886.

[5] Essa nel suo insieme è poi uno speciale contratto verbale. ULPIANUS, fr. 7, pr., § 3 e PAULUS, fr. 37, pr. *de opr. libert.*, XXXVIII, 1; fr. 7 e 13, pr. *de accept.*, XLVI, 4; fr. 36 *de manum, test.* XL, 4.

[6] Const. 41, *de transact.*, II, 4.

[7] Const. 1, *si adv.*, II, 28. Questo rescritto però fu diversamente interpretato dai glossatori. Bulgaro lo volle riferito unicamente ai contratti validi per se medesimi: e questa interpretazione è certo più consentanea allo spirito del diritto romano; Martino invece lo interpretò più largamente e lo volle applicato, per esempio, al caso dell'alienazione di un fondo fatta dal minore senza decreto dell'autorità. Federico I, accettando l'opinione di Martino, sancì con una sua legge che il giuramento di un minore di non im-

DELLA CAPARRA. — La caparra consiste in quella somma di denaro od altro oggetto qualunque, che uno dei contraenti dà all'altro come segno della perfezione del contratto e per meglio assicurarne l'adempimento *(arrha confirmatoria)* [1]. Se il contratto viene eseguito, la caparra deve essere restituita o imputata nel pagamento [2]; lo stesso quando il contratto viene risoluto per comune accordo delle parti [3], purchè queste non abbiano convenuto diversamente [4]. La caparra può esser data anche come segno d'un contratto da conchiudersi *(arrha contractu imperfecto data)* e allora è perduta da chi rifiuta la conclusione del contratto; se è colui che l'ha ricevuta, dovrà restituirla raddoppiata [5]. Qualora sia stato pattuito il diritto di ritirarsi pel caso d'inadempimento del contratto, colui che recede può trattenere la caparra ricevuta [6].

---

pugnare una convenzione dovesse venir osservato sempre impreteribilmente (Auth. *Sacramentia puberum* ad Const. 1, *si adv. vendc.*, II, 28). E anche il ius canonico inspirò le sue disposizioni agli stessi principii (cap. 2, *de pact.*, in VI°, I, 18; cap. 28, X. *de iureiur.*, II, 24; cap. 2, *de iureiur.*, in VI°, II, 11). Invece le legislazioni moderne non ammettono che il giuramento promissorio possa render valido un contratto nullo. Vedi VANGEROW, *Pandekten*. I, § 170.

[1] GAIUS, fr. 34, pr. *de contr. empt.*, XVIII, 1; pr. Inst. III, 23.

[2] ULPIANUS, fr. 11, § 6, *de act. empt.*, XIX, 1 e fr. 5, § 15, *de inst. act.*, XIV, 3.

[3] ULPIANUS, fr. 11, § 6. *de act. empt.*, XIX, 1; Const. 2, *quando liceat*, IV, 45.

[4] SCAEVOLA, fr. 6, pr. e fr. 8, *de lege commiss.*, XVIII, 3; Const. 1, *de pactis inter empt. vend.*, IV, 54.

[5] C., 17, Cod., *de fide instr.*, IV, 21. Const. 3, C., *de act. empt.*, IV, 49, pr. Inst., *de empt.*, III, 23. — Pel Cod. civ. (art. 1217), la caparra si considera come cautela per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della convenzione. La parte che non è in colpa, se non preferisce di ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta o domandare il doppio di quello che ha dato.

[6] SCAEVOLA, fr. 6, pr. e HERMOGENIANUS, fr. 7, *de lege comm.*, XVIII, 3, comb. colla Const. 2, *de pact. int. empt.*, IV, 54. Da non confondersi con questo caso è quello in cui le parti conchiudono un contratto sotto riserva di liberamente recedere dal medesimo verso la perdita di ciò che fu dato; quest'è la così detta pena di recesso od arra penitenziale. Vedi questo paragrafo in fine.

DELLA CLAUSOLA PENALE (PENA CONVENZIONALE)[1]. — La clausola penale è una convenzione, colla quale il debitore promette una prestazione al creditore, pel caso che non eseguisca la sua obbligazione. Essa bisognava stipularsi espressamente, onde il nome di *stipulatio poenae*, perchè in diritto romano non costituiva un contratto riconosciuto autonomo.

Se la penale si riferisce alla promessa di un'omissione, è dovuta tostochè il promittente fa quanto aveva promesso di non fare[2]. Se invece fu promesso un fatto, la penale colpisce non appena il promittente ha lasciato passare il termine senza eseguire la sua promessa[3]; se non fu stabilito alcun termine, decide l'intenzione delle parti[4]. In dubbio la penale si ha per incorsa quando il debitore non eseguisca tosto quello che ha promesso di fare[5]. Di regola, incorsa la pena, il debitore deve o questa, o la prestazione, a scelta del creditore: con apposita convenzione può obbligarsi ad adempiere l'una e l'altra. Se la convenzione ha per intento di permettere al debitore di liberarsi dall'obbligo principale, pagando la pena, allora prende il nome di pena di recesso *(multa poenitentialis)*.

CAPO II.

Delle altre fonti di obbligazione in generale.

Come fu già osservato, le obbligazioni, oltrechè da contratti, possono derivare anche da quasi-contratti, da delitti, da

---

[1] BERTOLINI, *Della pena convenzionale*, negli *Studi e documenti di storia e diritto*, XV; [SYOEGREN, *Ueber die röm. Conventionalstrafe*, Berlin 1696, e su di lui ENRICO SERAFINI, nell'*Archivio giur.*, LX (nuova serie, I), 171].

[2] SCAEVOLA, fr. 122, § 6, *de verb. obl.*, XLV, 1.

[3] AFRICANUS, fr. 23, *de obl. et act.*, XLIV, 7; Const. 12, *de contr. empt.*, VIII, 38.

[4] ULPIANUS, fr. 21, § 12, *de rec.*, IV, 8. Cfr. la nota seguente.

[5] PAPINIANUS, fr. 115, § 2, *de verb. obl.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 1, *de poen. leg.*, XXXIII, 9; PAPINIANUS, fr. 19, pr. *quando dies*, XXXVI, 2. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 211 e le rispettive note.

quasi-delitti e da disposizione immediata di legge. Riservandoci di esaminare queste fonti secondarie di obbligazione nella parte speciale, ci limiteremo qui ad alcune osservazioni generali.

§ 109.

Dei quasi-contratti.[1]

I contratti, dei quali abbiamo parlato nel capo precedente, sono atti giuridici bilaterali. Ora vi sono dei fatti leciti, i quali, sebbene unilaterali, dànno luogo ad obbligazioni ed azioni affatto somiglianti a quello che risultano da contratti. Fatti leciti di tal natura e di tal efficacia diconsi quasi-contratti. Così per esempio, il tutore, quantunque non abbia alcun contratto di mandato col suo pupillo, pure è tenuto ad amministrare i beni pupillari, come se lo avesse conchiuso. Così l'erede è tenuto a pagare i legati, come se si fosse obbligato contrattualmente col testatore. Lo stesso dicasi di colui, che senza alcun incarico, assume volontariamente la gestione degli affari altrui: imperocchè in essa è paragonato ad un mandatario. Nelle obbligazioni quasi-contrattuali il vincolo giuridico nasce da un fatto che avrebbe dovuto essere causa di obbligazione contrattuale, se nelle circostanze in cui è avvenuto fosse stato possibile il consenso espresso delle parti, o se non fosse stato impedito o dall'assenza o dalla mancanza di intelletto, o da errore: o, anche meglio (poichè non sempre è possibile quella costruzione giuridica), è conseguenza dell'equità, la quale non può permettere che altri risenta un indebito svantaggio. Nelle fonti è detto che in questi casi l'obbligazione nasce dal fatto, e non dal consenso; ma da tal fatto che, volendo rispettati i principii della giustizia e della equità, sia giuocoforza ritenerlo come causa di obbligazione.

I singoli quasi-contratti, menzionati nelle Istituzioni, sono:

---

[1] FERRINI, in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, 1891, p. 85; PACCHIONI, *ibid.*, 1896, p. 50, e *Gestione degli affari altrui* (Lanciano 1893); SEGRÈ, in *Studi per Moriani*, II, pag. 291.

la gestione d'affari altrui senza mandato; l'amministrazione della tutela e della cura; la comunione incidentale; il pagamento dell'indebito e l'adizione dell'eredità (§§ 151-152) [1].

§ 110.

Dei delitti e quasi-delitti [2].

Il delitto è ogni atto illecito colpito da una pena. Se la pena è stabilita direttamente nell'interesse del corpo sociale, e il diritto di accusa spetta ai magistrati ed a qualunque cittadino, il delitto chiamasi *delictum publicum vel crimen*. Se al contrario la pena è stabilita direttamente a profitto della persona offesa, e non può essere domandata che mediante azione, si ha il delitto privato.

I delitti pubblici non entrano nel diritto privato, se non in quanto producono l'obbligazione di riparare il danno da essi cagionato.

I delitti privati, i soli di cui ci dobbiamo occupare, possono dar luogo a tre specie di azioni: *poenales, rei persecutoriae, mixtae* [3].

Le azioni penali hanno per scopo l'applicazione della pena in cui è incorso il delinquente, la quale consiste ordinariamente nel doppio, nel triplo o nel quadruplo del danno recato, per esempio l'*actio furti* contro il ladro e i suoi complici (§ 133).

Le azioni reipersecutorie hanno per oggetto la riparazione del danno cagionato del delitto, per esempio la restituzione

[1] Cfr. per la contrapposizione di questi negozii ai *contractus*, GAIUS, fr. 5, *de obl. et act.*, XLIV, 7.

[2] FERRINI, *Dir. pen. rom.* (Milano 1902); PAMPALONI, *Sul delitto di furto* (Torino 1900-1901), e *Bull. dell' Ist. di D. R.*, 1890, p. 241; MARCHI, *Risarcimento di danni morali secondo il dir. rom.* (Bollettino dell'Ist. di D. R., 1904), e *L'origine dell'obbligazione* (Spoleto 1912).

[3] § 16, *de act.*, IV, 6: « *Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt* ». Vedi vol. I, § 97 e i seguenti §§ 11, 16 e 18 delle *Istituzioni giustinianee*. Cfr. GAI., IV, 6-9.

delle cose rubate; o i danni che ne fanno le veci, per esempio la *condictio furtiva* contro il ladro ed i suoi eredi.

Le azioni miste sono quelle colle quali si chiede a un tempo e l'applicazione della pena e la riparazione del danno, per esempio l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio vi bonorum raptorum*.

Il diritto d'intentare le azioni risultanti da delitto privato compete alla persona danneggiata; è un diritto che fa parte del suo patrimonio, e come tale passa di regola ai suoi eredi. Tali azioni si fanno valere contro il colpevole. Gli eredi del colpevole invece non sono mai passibili delle azioni penali e miste sì dell'azione reipersecutoria, sino alla concorrenza di quanto si trovano arricchiti in conseguenza del delitto *(in quantum locupletiores facti sunt)*. Poteva inoltre l'azione *rei persecutoria* essere sperimentata contro gli eredi del colpevole, quando fosse già stata intentata contro il loro autore [1]. Se un delitto è stato commesso da più persone, ciascuna incorre nell'intiera pena, e tutte sono per l'intiero *(in solidum)* responsabili del danno recato; correndo per altro questa differenza fra le azioni reipersecutorie e le penali, che nelle prime il pagamento fatto da uno dei condelinquenti libera tutti gli altri, mentre la pena deve essere subìta per intiero da ogni delinquente, senza che il pagamento fatto da uno di essi estingua l'obbligazione degli altri.

Vi sono diversi fatti obbligatorii che offrono dell'analogia coi delitti, ma che, quantunque riprensibili, mancano di qualcuno degli elementi del delitto e più specialmente dell'elemento intenzionale pravo; perciò sono chiamati quasi-delitti. I quasi-delitti si distinguono in ciò dai delitti, coi quali hanno solo in comune il fatto obbiettivo che ne costituisce l'analogia, che in essi, di regola, si risponde anche del fatto altrui, mentre nei delitti propriamente detti non si risponde che del fatto proprio.

Le istituzioni di Giustiniano menzionano quattro delitti privati: il furto, la rapina, il danno recato ingiustamente *(dam-*

[1] PAULUS, fr. 33. *de obl. et act.*, XLIV, 7; PAULUS, fr. 164, *de reg. iuris*, L, 17.

num iniuria datum) e l'ingiuria propriamente detta (§§ 153-155), e quattro quasi-delitti; *effusum et deiectum, damnum in navi vel caupona datum, iudex qui litem suam fecit, positum et suspensum* (§ 156)[1].

CAPO III.

Delle diverse specie di obbligazioni.

§ 111.

Delle obbligazioni civili e naturali.[2]

Perchè un'obbligazione sia pienamente efficace, è necessario che il creditore possa costringere il debitore all'esecuzione della medesima. Il mezzo ordinario e diretto per ottenere codesta esecuzione è l'azione personale che il creditore intenta in giudizio contro il suo debitore. Ma non sempre il creditore ha un tale mezzo, anzi vi sono obbligazioni che non si possono far valere per via di azione. Di qui la distinzione delle obbligazioni in civili e naturali.

OBBLIGAZIONI CIVILI. - Le obbligazioni civili sono quelle

---

[1] Cfr., anche per questi casi di obbligazione *quasi ex maleficio*, GAIUS, fr. 5, *de obl. et act.* cit. Il Codice vigente non fa menzione, nè fra i quasi-delitti nè altrove, del *positum et suspensum*, perchè da questi fatti non deriva danno vero, ma semplicemente pericolo. Nè parla esplicitamente dell'*effusum et deiectum*: beninteso però che il danno, il quale ne derivasse, potrebbe ricadere, a seconda delle circostanze, sotto le disposizioni relative ai delitti o sotto quelle relative ai quasi-delitti. La figura poi dell'*iudex qui litem suam fecit* per il Codice nostro non sarebbe altrimenti caso di quasi-delitto.

[2] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 217; GIORGI, *Obbligazioni*, I, n. 36 e seg.; BONFANTE, *Obbligazione naturale*, nel *Foro it.*, XVIII, 1893; [GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, Königsberg 1900; BRINI, *Intorno alle obbligazioni naturali nel diritto romano privato*, Bologna 1908].

si possono far valere mediante azione[1]; e, secondochè ripetano la loro origine dal diritto civile propriamente detto, o dal diritto onorario, che mano mano le introduceva, diconsi obbligazioni del diritto civile ed obbligazioni onorarie o pretorie, perchè derivanti dall'Editto del pretore[2].

Obbligazioni naturali. — Le obbligazioni naturali sono quelle che, fondate sull'equità naturale, sono bensì giuridicamente esistenti, ma non sono fornite di azione[3]. Il carattere distintivo quindi tra obbligazioni civili ed onorarie e le naturali è basato sulla loro diretta eseguibilità giuridica: non devonsi perciò confondere le obbligazioni naturali coi semplici doveri morali, poichè sebbene le obbligazioni naturali non possano farsi valere per via di azione, producono però effetti giuridici più o meno importanti secondo i casi mentre quelli non ne

---

[1] Ulpianus, fr. 10 e Modestinus, 108, *de verb. sign.*, L. 16; Ulpianus, fr. 7 § 2, *de pactis*, II, 14 e fr. 42, § 1, *de obl. et act.*, XLIV, 7.

[2] § 7, Inst., *de oblig.*, III. 13: « *Omnium autem obbligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. Civiles sunt quae aut legibus constitutae aut certo iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur* ». La distinzione accennata era importante nel diritto precedente a Giustiniano, poichè tra le obbligazioni civili e le onorarie correvano notevoli differenze tra cui questa: che le azioni concesse per le prime erano perpetue quelle concesse per le seconde per un tempo determinato. Nella legislazione giustinianea, estesasi la prescrizione a tutte le azioni, il fondamento della distinzione venne meno.

[3] La costruzione giuridica della figura dell'obbligazione naturale ha lungamente tenuto discorde la dottrina, e nemmeno oggi essa è pacifica in ispecie per quel che riguarda il diritto moderno. È da notare come l'istituto in esame nel diritto giustiniano presenta un aspetto tutto diverso da quello che aveva nel periodo classico in cui ebbe origine; in questo i giureconsulti, entro certi limiti, potevano creare nuove figure di obbligazioni naturali interpretando il rigoroso *ius civile* largamente, *supplendi vel corrigendi gratia*: ciò non è nella legislazione di Giustiniano, dove l'obbligazione naturale è un istituto di *ius singulare* che si applica tassativamente a casi speciali e applica tassativamente a casi speciali e rigorosamente determinati. Ulpianus, fr. 16, §§ 4 e 5, *de fideiuss.*, XLVI. 1; Papinianus, fr. 94, § 3, *de solut.*, XLVI. 3; Cod. civ. ital., art. 1802. Vedi anche i testi citati nelle note seguenti.

hanno alcuno. Eccone, ad esempio, i principali. In primo luogo ciò che venne dato in pagamento di un'obbligazione naturale, non può essere ripetuto [1]; in secondo luogo l'obbligazione naturale può essere opposta per via di compensazione al creditore che chiede l'adempimento di una obbligazione civile [2]; in terzo luogo l'obbligazione naturale può dar luogo ad un diritto di ritenzione [3]; in quarto luogo l'obbligazione naturale può convertirsi in obbligazione civile, mediante novazione o costituto di debito [4]; finalmente l'obbligazione naturale può servire di fondamento ad obbligazioni civili accessorie [5]. Giova però osservare che l'obbligazione naturale non produce sempre e neces-

---

[1] JULIANUS, fr. 16, § 4, *de fidei*, XLVI, 1: *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab is pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse* ». Il WINDSCHEID (§ 288, nota 11) interpreta questo passo così: dovendosi determinare se esiste o meno un'obbligazione naturale non si deve limitare a vedere se c'è l'*actio*, ma anche se ha luogo la *soluti retentio*. Vedi anche PAULUS, fr. 10, *de obl. et act.*, XLIV, 7. Cod. civ. ital., art. 1804.

[2] ULPIANUS, fr. 6, *de compensat.*, XVI, 2; « *Etiam quod natura debetur venit in compensationem* ». Vedi più sotto, § 124.

[3] PAPINIANUS, fr. 94, § 3, *de solut.*, XLVI, 3. L'esecuzione di una obbligazione naturale è adempimento di un debito (*solutio*): ULPIANUS, fr. 19, § 5, *de donat.*, XXXIX, 5.

[4] ULPIANUS, fr. 1, § 1, *de novat.*, XLVI, 2: « *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria...: qualiscumque igitur obligatio sit, quae processit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* ». ULPIANUS, fr. 7, *de const. pec.*, XIII, 5: « *Et si filius familias constituatur valet constitutum* ».

[5] Così, per esempio, si possono costituire pegni, ipoteche e sicurtà in garanzia di un'obbligazione naturale. MARCIANUS, fr. 5, pr. *de pign.*, XX, 1: « *Res hypothecae dari posse sciendum et pro quacumque obligatione... vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali* ». Cfr. ULPIANUS, fr. 14, § 1, *h. t.*; PAULUS, fr. 13, pr. *de cond. ind.*, XII, 6; § 1, Inst., *de fideiuss.*, III, 20: « *In omnibus autem obligationibus adsumi possunt... At nec illud interest utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adiicitur fideiussor* ». Cfr. JULIANUS, fr. 16, § 3; SCAEVOLA, fr. 60; ULPIANUS, fr. 6, § 2, *de fidei.*, XLVI, 1.

sariamente tutti gli effetti suesposti [1]; i quali poi cessano del tutto ove si tratti di obbligazioni formalmente riprovate dalla legge, che anzi quanto è stato pagato in esecuzione di obbligazioni siffatte può essere ripetuto [2]. Il diritto di ritenere ciò che è stato dato come soddisfacimento d'una obbligazione naturale, è caratteristico, perchè ove esso manchi, non v'è l'obbligazione naturale. Ma viceversa non ogni volta che s'abbia codesto diritto esiste un'obbligazione naturale.

Fra le cause che dànno origine ad un'obbligazione naturale meritano speciale menzione le seguenti: 1° I nudi patti non producono, in diritto romano, una obbligazione civile, ma semplicemente e neppur sempre una obbligazione naturale [3]. 2° Fra il padre di famiglia ed i figli soggetti alla patria podestà di lui non possono formarsi obbligazioni civili. Lo stesso dicasi delle obbligazioni che si formano fra persone soggette alla medesima patria potestà [4]. 3° L'impubere non può senza l'intervento dell'autorità tutoria, obbligarsi civilmente, se non in quanto siasi arricchito: anzi, a stretto rigore, egli non può obbligarsi nemmeno naturalmente [5]; ma se egli paga dopo che è uscito di tutela, o paga coll'intervento del tutore, o pagano i suoi eredi, avvi vero pagamento di debito [6], e del pari sono civilmente obbligatorie le fideiussioni ed i pegni costituiti da

---

[1] Vedi ARNDTS-SERAFINI, § 217, nota 9.

[2] ULPIANUS, fr. 26, pr. *de cond. ind.*, XII, 6.

[3] Vedi i §§ 105 e 145. Il punto è disputatissimo. I moderni inclinano a ritenere che il nudo patto non generi neppure obbligazione naturale, salvo forse il *pactum de praestandis usuris sortis debitae*.

[4] Vedi il § 169. Il testo fondamentale è AFRICANUS, fr. 38, *de cond. ind.*, XII, 6: « *Si pater quod filius debuisset eidem mancipato solverit non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem... probatur* ».

[5] NERATIUS, § 41, *de cond. ind.*, XII, 6: « *Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec naturam debet.* LICINIUS RUFINUS, fr. 58 [59], *de obl. et act.*, XLIV, 7: « *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur.* Vedi anche VENULEIUS, fr. 12, § 1, *de duobus reis*, XLV, 2; ULPIANUS, fr. 29, *de cond. ind.*, XII, 6 e fr. 4, § 4, *de doli except.*, XLIV, 4.

[6] PAULUS, fr. 15, § 1 e fr. 14, *de cond. ind.*, XII, 6; fr. 21, pr. *ad leg. falc.*, XXXV, 2; fr. 64 [62], pr. *ad SC. Trebel.*, XXXVI, 1; PAPI-

terzi a garanzia dell'obbligazione assunta dal pupillo senza l'intervento del tutore [1]. 4.° Quando un'azione può essere respinta mediante una eccezione concessa in odio del creditore, sparisce bensì l'elemento civile dell'obbligazione, ma rimane pur sempre una obbligazione naturale [2]. 5.° La *capitis deminutio* estingueva l'obbligazione civile, ma la lasciava sussistere come obbligazione naturale [3].

§ 112.

Delle obbligazioni divisibili e indivisibili [4].

L'obbligazione è divisibile o indivisibile, secondochè la prestazione, che ne forma l'oggetto, può o non può farsi in parti senza alterarne l'intima sua essenza. Come si vede, la nozione giuridica della divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione si fonda tutta sulla possibilità o sull'impossibilità di frazionare l'oggetto dell'obbligazione. Se questo è suscettivo di parti in-

NIANUS, fr. 25 [21], § 1, *quando dies l. c.*, XXXVI, 2; fr. 95, § 2, *de solut.*, XLVI, 3.

[1] GAIUS, fr. 35, *de recept, qui arb.*, IV, 8; POMPONIUS, fr. 45, *de iurei.*, XII, 2; SCAEVOLA, fr. 127, *de verb. obl.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 25, *de fideius.*, XLVI, 1; GAI. III, 19. Cfr. Codice civile, art. 1899. Come si vede, la legge, mentre non ammette che il pupillo, *come tale*, possa obbligarsi nemmeno naturalmente, non estende questo beneficio alle altre persone e, sotto certi riguardi, ammette che esista una specie di obbligazione naturale, dappoichè se il pupillo l'adempie coll'intervento del tutore, o dopochè è diventato pubere, essa riconosce siffatto adempimento come *debiti solutio*.

[2] Esempio: *Exceptio SC. Macedoniani*, Vedi § 132.

[3] ULPIANUS, fr. 2, § 2, *de cap. min.*, IV, 5. Quanto alla prescrizione del processo vedi PAULUS, fr. 30, § 1, *ad Leg. Aq.*, IX, 2; VENULEJUS, fr. 8, § 1, *ratam rem. hab.*, XLVI, 8 Cfr. SAVIGNY, *Obligationenrecht*, I, 98.

[4] Vedi UBBELOHDE, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, HANNOVER 1862 ARNÒ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, Modena 1901, e su di esso E. SERAFINI, nell'*Archivio giur.*, LXIX, 555 e seguenti; SEGRÈ, in *Studi per Scialoja* (p. 266).

tellettuali, l'obbligazione è divisibile; se invece non lo è, l'obbligazione è indivisibile. Per esempio: l'obbligazione di costituire una servitù prediale è indivisibile, essendo assolutamente impossibile una servitù prediale per metà: che tali servitù sono diritti di tal forma indivisibili da dover essere costituite per intiero, o in nessun modo [1]. In quella vece, la obbligazione di pagare una somma di danaro è divisibile perchè non è esclusa la possibilità di pagarla in due volte, e con due debitori, ciascuno dei quali paghi una parte [2].

Non bisogna confondere la divisibilità dell'oggetto dell'obbligazione coll'effettiva divisione della medesima. Se Tizio, per esempio, è debitore di mille scudi, egli è obbligato a pagarli tutti in una volta, non potendo costringersi il creditore a ricevere pagamenti parziali [3]; ciò non ostante quell'obbligazione è divisibile appunto perchè esiste la *possibilità* che quella prestazione venga frazionata in parti. Il creditore, per esempio, potrebbe accondiscendere a ricevere pagamenti parziali, e purchè esista questa possibilità della prestazione parziale, l'obbligazione è divisibile [4].

L'importanza della distinzione stà in questo, che un'ob-

---

[1] Ulpianus, fr. 72, *de verb. oblig.*, XLV, 1: « *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiant, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puta et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem* ». Cfr. Pomponius, fr. 17, *de servitut.*, VIII, 1; Gaius, fr. 80, § 1, *ad legem Falcid.*, XXV, 2.

[2] L'obbligazione di pagare una somma di danaro è divisibile, perchè il pagamento di ogni somma che sia minore di quella dovuta, è pur sempre il pagamento di una somma di danaro.

[3] Vedi più sotto, § 115.

[4] Purchè adunque l'obbligazione sia capace di divisione, essa è divisibile, sebbene nel caso concreto non sia divisa. Paulus, fr. 2, § 1 e fr. 85, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1; Ulpianus, fr. 9, § 1, *de solut.*, XLVI, 3; Cod. civ. ital., art. 1201, 1201. Ciò vale anche per l'obbligazione in solido, la quale, se divisibile, trasmettendosi a più eredi di uno dei debitori, spetta a ciascuno per la sua quota.

bligazione divisibile ammette la possibilità di un' esecuzione parziale, mentre tale possibilità è esclusa per l' obbligazione indivisibile. Ciò non interessa più che tanto quando vi ha un solo creditore e un solo debitore, giacchè il creditore non può in generale esser costretto ad accettare un pagamento parziale e il debitore non può esser costretto a farlo.

La distinzione fra obbligazioni divisibili e indivisibili acquista invece importanza, quando vi sono più creditori o più debitori, e specialmente quando all' originario creditore o debitore succedono più eredi. Se Tizio, per es., il quale ha un debito verso Sempronio, muore lasciando due eredi, questi non saranno tenuti che ciascuno per la metà quando l' obbligazione sia divisibile; chè se fosse indivisibile, ciascuno sarebbe tenuto per l'intiero [1]. In quest'ultimo caso bisogna distinguere: se v'è pluralità di debitori, il creditore comune può agire contro ciascuno, pretenderne l' intiera esecuzione e ottenerne la condanna per l'intero *id quod interest* [2]; se son più i creditori, ciascuno può agire contro il debitore comune e domandare l' intiera esecuzione, ma non può ottenere la condanna che nella sua parte dell' *id quod interest* [3].

Alle obbligazioni divisibili appartengono tutte quelle che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà [4] o di un altro

---

[1] Oltre i testi citati nella precedente nota, vedi PAULUS, fr. 85, pr. e § 2, *de verb. obl.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 13, § 1, *de accept.*, XLVI, 4; MARCELLUS, fr. 191, *de reg. iur.*, L, 17; Cod. civ., art. 1206. Vedi anche le note seguenti.

[2] PAULUS, fr. 25, §§ 10 e 11, *fam. erc.*, X, 2; §§ 2 e 5, *de verb. obl.*, XLV, 1.

[3] PAULUS, fr. 25, § 9, *fam. erc.*, X, 2 e fr. 2, § 6, *de verb. obl.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 62, pr. *eod.* Vedi LANDUCCI, nell' *Arch. giur.*, XIII, 389-409.

[4] Ciò vale specialmente quando si tratta di trasferire la proprietà di una quantità di cose fungibili (PAULUS, fr. 2, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1; fr. 85, § 1, *eod.*; ULPIANUS, fr. 9, § 1, *de solut.*; XLVI, 3), e di una cosa divisibile, per esempio un fondo (ULPIANUS, fr. 54, pr; PAPINIANUS, fr. 117, *de verb. obblig.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 29; JULIANUS, fr. 34, § 1, *de solut.*, XLVI, 3; PAPINIANUS, fr. 5, *de usufr.*, VII, 1).

diritto divisibile [1]; così pure quelle obbligazioni di fondi [2], che hanno in sè stesso il carattere di quantità [3]. Appartengono invece alle indivisibili le obbligazioni dirette ad un *opus* [4] e quelle dirette alla costituzione di una servitù prediale e della servitù d'uso [5].

I principii generali che reggono le obbligazioni divisibili e indivisibili in diritto civile sono identici a quelli del diritto romano [6].

§ 113.

Delle obbligazioni determinate e indeterminate, alternative, facoltative e generiche, [7]

Innanzi tutto è da avvertire che se l'obbligazione è talmente indeterminata che il debitore possa sottrarsi ad ogni vincolo, non esiste una vera obbligazione, ma solo una obbli-

---

[1] Papinianus, fr. 5, *de usufr.*, VII, 1; Ulpianus, fr. 13, § 1, *de accept.*, XLVI, 4.

[2] Generalmente parlando, le *obligationes faciendi* sono indivisibili, perchè ciò che non è fatto *interamente*, non può dirsi *fatto*. Ulpianus, fr. 72, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1.

[3] Per es. un certo numero di giornate di lavoro. Julianus, fr. 54, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1; Alphenus, fr. 30, § 3; Florentinus, fr. 36, *locati*, XIX, 2; Ulpianus, fr. 6, *de operis libert.*, XXXVIII, 1: « *fabriles operae ceteraeque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt* »; Ulpianus, fr. 7, § 6; Pomponius, fr. 8, pr,, e Ulpianus, fr. 15, § 1, *eod.*

[4] Paulus, fr. 85, § 2, *de verb. obl.*, XLV, 1: *Secunda ad opus, quod testator fieri iusserit; nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest* ». Vedi anche Ulpianus, fr. 72, pr. *eod.*, e fr. 11, §§ 23 e 24, *de legatis*, III [32]; Gaius, fr. 80, § 1, *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2.

[5] Pomponius, fr. 17, *de servit.*, VII, 1; Paulus, fr. 25, §§ 9-11, *fam. ercisc.*, X, 2; Ulpianus, fr. 72, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1, e fr. 13, § 1, *de accept.*, XLVI, 4. Vedi anche vol. I, §§ 80 e 82.

[6] Cod. civ., art. 1202-1208.

[7] Carnazza, *L'obl. alternat. nel dir. romano e nel diritto civile ital.*, Catania 1893; Pescatore, *Die sogenannte alternative Obligation*, Marburg 1880, e su di lui F. Serafini, nell'*Archivio giur.*, XXIX, 406; Scialoja, *Tribo-*

gazione apparente. Si comprende quindi che la distinzione di obbligazioni determinate e indeterminate è estranea a questo caso.

Le *obbligazioni determinate* sono quelle in cui il *quid*, il *quale* ed il *quantum* della prestazione, che ne è oggetto, è stato direttamente ed assolutamente stabilito; per esempio, l'obbligazione di consegnare il fondo Semproniano. Sono invece *indeterminate*, se il *quid*, il *quale* ed il *quantum* è stabilito soltanto relativamente, e ad essere riconosciuto abbisogna di una speciale ricerca [1]. Talvolta è anticipatamente indicato il modo di determinare la prestazione, inquantochè si è prefissa la fonte a cui ricorrere per completare la mancanza della determinazione. Questa fonte può essere la dichiarazione di una delle parti, o di un terzo, o il prudente arbitrio del giudice, o altro fatto qualsiasi. Ma può anche avvenire che non siasi indicato il modo di completare la determinazione, e in tal caso al debitore ne spetta il diritto [2]. Fra le obbligazioni indeterminate vengono prime le obbligazioni alternative e le generiche.

DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE. — L'obbligazione alternativa è quella in forza della quale il debitore deve prestare uno fra i più oggetti compresi nell'obbligazione. La scelta fra i varii oggetti alternativamente dovuti appartiene al debitore, se non è stato espressamente pattuito il contrario [3], e gli compete liberamente sino all'effettivo adempimento dell'obbligazione [4].

---

nianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XI, 61 e seguenti.

[1] GAIUS, fr. 74, *de verb. obl.*, XLV, 1: *Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae: certum est, quod ex ipsa pronunciatione apparet quid quale quantumque sit ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum...* ». ULPIANUS, fr. 75, pr. *eod.*: *Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione incertam esse stipulationem dicendum est* », §§ 1, 3, 5, 7, 8, *eodem*.

[2] CELLUS, fr. 99 pr. e JAVOLENUS, fr. 106, *de verb. obl.*, XLV, 1.

[3] ULPIANUS, fr. 25, pr.; PAULUS, fr. 34, § 6, *de contr. empt.*, XVIII, 1; ULPIANUS, fr. 10, § 6, *de iure dot.*, XXIII, 3; Cod. civ., art. 1178.

[4] Una semplice dichiarazione, od anche una prestazione *parziale* non vincolerebbe il debitore, di guisa ch'egli potrebbe pur sempre variare fino all'*integrale* esecuzione della sua obbligazione. VENULEJUS, fr. 138, § 1,

Per espressa convenzione delle parti il diritto di scelta può essere concesso al creditore; in tal caso se i termini della convenzione non stabiliscono esplicitamente o implicitamente il contrario, il creditore ha esso pure il diritto di modificare la scelta *(ius variandi)*, sino a tanto che non abbia intentato l'azione [1]. Il diritto di scelta, sia del debitore, sia del creditore, si trasmette agli eredi perchè s'incorpora coll'obbligazione stessa [2]; se però è deferita a un terzo non passa agli eredi di quest'ultimo.

Se uno degli oggetti alternativamente dovuti perisce, l'obbligazione diventa semplice, e il debitore deve prestare l'oggetto che rimane [3]. Questa regola soffre un'eccezione nel caso che la perdita sia avvenuta per colpa del debitore, mentre il diritto di scelta spettava al creditore, poichè allora sarebbe in facoltà di questo di chiedere l'oggetto rimasto o farsi pagare i danni per l'oggetto perduto. Di più, quando uno degli oggetti sia perito per colpa del debitore, questi non resta liberato dalla sua obbligazione, se in seguito l'altro ancora perisca casualmente, ma invece risponde dei danni [4].

DELLE OBBLIGAZIONI FACOLTATIVE. — Assolutamente diversa dalla obbligazione alternativa è l'obbligazione facoltativa. In questa ultima il debitore è tenuto ad un oggetto determinato, ma può liberarsi facendo una prestazione diversa da quella che ha promesso [5]. Mentre nell'obbligazione alternativa tutti gli oggetti indicati sono *in obligatione*, nella facoltativa un solo oggetto è *in obligazione* e l'altro è *in solutione*, in altri termini, nell'ob-

---

de verb. obl., XLV, 1; JAVOLENUS, fr. 106, *eodem*; ULPIANUS, fr. 26, § 13, *de cond. ind.*, XII, 1.

[1] POMPONIUS, fr. 112, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1.

[2] PAULUS, fr. 76, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 75, § 3, *de legatis*, I [30].

[3] ULPIANUS, fr. 2, § 3, *de eo quod certo loco*, XIII, 4; PAULUS, fr. 34, § 6, *de contr. empt.*, XVIII, 1; POMPONIUS, fr. 16, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1; PAPINIANUS, fr. 95, pr., § 7, *de solut.*, XLVI, 3; Cod. civ., art. 1180.

[4] PAPINIANUS, fr. 95, § 1, *de solut.*, XLVI, 3; Cod. civ., art. 1181.

[5] Un esempio di obbligazione facoltativa è dato da ULPIANO nel fr. 6, § 1, *de re iud.*, XLII, 1.

bligazione alternativa il debitore è tenuto ad uno fra più oggetti, nella facoltativa invece è tenuto ad un dato oggetto, colla facoltà di liberarsi dandone un altro. Da ciò derivano importanti conseguenze: se, per es., l'obbligazione facoltativa è nulla in rapporto all'oggetto dovuto è nulla per il tutto. Invece nell'obbligazione alternativa se una delle prestazioni è impossibile e illecita si deve eseguire l'altra. Parimente se nell'obbligazione alternativa uno degli oggetti indicati perisce per caso fortuito il debitore deve prestare l'altro (non rimanendo estinto il rapporto obbligatorio se non quando tutti gli oggetti alternativamente dovuti sieno periti per caso fortuito), nell'obbligazione facoltativa invece, se la cosa che il debitore si è obbligato di dare perisce casualmente, egli è senz'altro liberato quand'anche esista l'altro oggetto *in solutione*, perchè sostituire è per lui un vantaggio, una facoltà, non un onere, un obbligo.

DELLE OBBLIGAZIONI GENERICHE. — L'obbligazione generica *(obligatio generis)* è quella, il cui oggetto non è determinato individualmente come nell'*obligatio speciei*, ma soltanto pel genere, al quale esso appartiene [1].

L'oggetto di un'obbligazione generica può consistere in una quantità di cose fungibili (per esempio mille scudi, cento ettolitri di frumento) oppure in una cosa non fungibile (per es., uno schiavo, un cavallo). Tra le obbligazioni generiche e alternative vi è molta analogia. Infatti sono ambedue indivisibili e e per ambedue valgono, quanto al diritto di scelta, le medesime regole spettando esso al debitore, salvo patto contrario [2]. Ma differiscono in parecchi punti e principalmente in ciò, che nell'obbligazione alternativa se le cose alternativamente dovute periscono, il debitore è liberato, nella generica no, perchè *genus non perit*.

---

[1] Tra le *obligationes generis* e quelle *speciei*, corrono importanti differenze, principale questa: che la perdita della cosa per caso fortuito libera il debitore nella *obligatio speciei*, ma non in quella *generis*.

[2] § 22, Inst., *de legatis*, II [20].

§ 114.

Delle obbligazioni in solido [1].

Ogni obbligazione suppone due soggetti, un debitore e un creditore, poichè nessuno può essere creditore e debitore di se stesso. Ma d'altro lato nemmeno più di due persone possono essere legati da una sola obbligazione, perchè, essendo essa un vincolo di diritto fra due persone, e legando le loro volontà, ne esiste una ogni volta che cotesto vincolo intercede fra due determinate persone.

Può darsi però che più debitori o più creditori debbono dare o abbiano diritto d'avere insieme una prestazione: le loro obbligazioni sono allora legate da codesta comunanza d'oggetto, e ne derivano conseguenze speciali.

Obbligazioni parziarie. — Di regola i diversi creditori o debitori debbono o han diritto alla prestazione *pro rata* ovvero *in partem:* la prestazione cioè è comune soltanto in apparenza, ma in realtà le loro obbligazioni hanno ciascuna la loro separata prestazione, una quota cioè, o virile o per altra guisa stabilita, da quella a tutti o da tutti dovuta. Ciascuno dei creditori non può quindi pretendere che la sua parte dell'oggetto dovuto, e ciascun debitore non è tenuto che a soddisfare la sua parte. È perciò che in simili casi le obbligazioni diconsi parziarie [2].

---

[1] Ascoli, *Sulle obbligazioni solidali,* negli *Studi e Documenti di storia e diritto,* XI, 121 e nel *Bollettino dell'Istituto di diritto romano,* IV, 287-313; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni,* 4ª edizione, Firenze 1911, I, n. 83 e seg.; Ribbentrop, *Die Lehre v. den Correalobligationen,* Göttingen 1831; Eisele, nelr'*Archiv. f. civ. Praxis,* LXXVII, 374-481; Binder, *Die Korrealobligationen in röm. u. heut. Recht,* Leipzig 1898; Perozzi, *Ist. II* § *123* (V. ediz.).

[2] Se per es., tre persone vendono insieme un fondo per 3000 sesterzi, ciascuna di esse non può pretendere che la sua quota, cioè 1000 sesterzi, e se tre persone comprano insieme un fondo per 3000 scudi, il venditore non può pretendere che 1000 scudi da ciascuno dei tre compratori e l'insolvenza

OBBLIGAZIONI IN SOLIDO. — Ma può anche avvenire, o per volontà delle parti o per disposizione di legge, che le diverse obbligazioni dei concreditori o dei condebitori abbiano un oggetto eguale, che ciascun creditore abbia diritto di pretenderlo intiero *(in solidum)*, e ciascuno debitore debba prestarlo intero [1], ma in guisa che il soddisfacimento fatto ad un creditore o da uno dei debitori estingua le obbligazioni di tutti. In questo caso si ha l'**istituto delle obbligazioni in solido** [2].

Quando nell'obbligazione in solido vi hanno più creditori e un solo debitore, dicesi attiva; quando vi hanno più debitori e un solo creditore, dicesi passiva; è attiva e passiva ad un tempo se v'hanno più creditori e più debitori.

DIVISIONE DELLE OBBLIGAZIONI IN SOLIDO IN OBBLIGAZIONI CORREALI E IN OBBLIGAZIONI SEMPLICEMENTE SOLIDALI. — La caratteristica delle obbligazioni in solido sta nell'oggetto, che hanno eguale: or questa eguaglianza può concepirsi in due modi, cioè identità o semplice eguaglianza. In altre parole le varie obbligazioni, che entrano nel vincolo solidale, possono

---

di uno non nuoce mai agli altri: PAPINIANUS, fr. 11. §§ 1-2, *de duob. reis*, XLV, 2; 5. *si certum pet.* IV, 2; Const. 1-2 *si plures*, VII. 55; PAULUS, fr. 43. *de re iud.*, XLII, 1. La regola che la prestazione dell'obbligazione si divide fra i diversi creditori non è applicabile quando la divisione è esclusa dalla natura stessa della prestazione (vedi § 112).

[1] Si comprende bene come non intendiamo parlare del caso in cui tutti i condebitori debbano soddisfare la prestazione; per esempio, se si tratta di un'*azione penale* e sono più coautori del delitto, ciascuno deve pagare alla sua volta la pena. ULPIANUS, fr. 11, § 2, *ad leg. Aq.*, IX, 2: « *Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, tenentur, videamus; et si quidem apparet, cuius ictu pericrit, ille, quasi occiderit, tenetur; quod si non apparet, omnes quasi occiderint, teneri Julianus ait. Et si cum uno agatur, ceteri non liberantur, nam ex lege Aquilia quod alius praestetit, alium non relevat, quum sit poena* ». Cfr. ULPIANUS, fr. 11, § 4 e JULIANUS, fr. 51, § 1, *eodem*; TRYPHONINUS, fr. 55, § 1, *de adm., tut.*, XXVI, 7; ULPIANUS, fr. 15, § 2, *quod vi aut clam.*, XLIII, 24; ULPIANUS, fr. 1, § 19. *se is qui test.*, XLVII, 4; GAIUS, fr. 31. *de iniur.*, XLVII, 10; Const. 1, *de cond. furt.*, IV, 8.

[2] Vedi anche il Cod. civ., art. 1184 e 1186.

avere un oggetto unico, solo, comune a tutte, ovvero un oggetto separato, indipendente per ciascuna, ma eguale [1]. Nel primo caso l'obbligazione in solido prende il nome di correale, nel secondo di solidale: le correali i Romani ammisero tanto attive che passive, le solidali, almeno secondo la prevalente opinione, passive soltanto. Questa divisione delle obbligazioni in solido in correali e solidali è di molta importanza onde parliamo brevemente delle une e delle altre [2].

DELLA CORREALITÀ. — La correalità è un insieme di obbligazioni, in cui i varii soggetti hanno il diritto di pretendere o il dovere di prestare un solo e identico oggetto, in modo che ciascun creditore abbia il diritto di pretenderlo e ciascun debitore il dovere di prestarlo intiero, ed il soddisfacimento d'uno dei creditori o per mezzo d'uno dei debitori estingua il diritto o l'obbligo anche di tutti gli altri.

Oltre il termine generico *solidum*, per la correalità i Romani avevano parole e frasi speciali. I concreditori correali dicevano *duo pluresve rei stipulandi* o *credendi*, i condebitori *duo pluresve rei promittendi* o *debendi* e in genere la correalità *duo rei stipulandi vel promittendi* o *duo rei constituendi* [3]. Nella correalità adunque v'hanno, come è naturale, tante obbligazioni quanti sono i concreditori o i condebitori, ma esse hanno un solo oggetto, cioè un oggetto identico comune.

Ne consegue, che questi fatti, i quali ledono o distruggono l'oggetto comune, alterato o estinguono tutte le obbligazioni:

---

[1] Se, per es., tre persone promettono lo schiavo Stico o mille sesterzi, in guisa che quello Stico o quei mille sesterzi siano oggetto di ciascuna delle obbligazioni e sieno dovuti per conseguenza da ognuno, si ha identità dell'oggetto: che se Tizio deve mille, Caio altri mille, Sempronio altri mille, sia pure che, pagate le prime mille, non si debbano i secondi e i terzi, si ha una semplice eguaglianza.

[2] Vedi principalmente LANDUCCI, *op. cit.*, cap. II.

[3] Dig., *de duobus reis const.*, XLV, 2; Inst., *de duobus reis stip. et prom.*, III, 16; Cod., *de duobus reis stip. et duobus reis prom.*, VIII, 39 [40]; Nov. 99, *de reis*.

quelli invece, che si riferiscono soltanto ad alcun creditore o ad alcun debitore, hanno efficacia solo per le loro speciali obbligazioni. Così se l'oggetto è distrutto o danneggiato da uno dei correi, ne son responsabili tutti [1]: mentre se uno di loro tarda a soddisfare la sua obbligazione, non ne viene alcuna conseguenza per gli altri.

La correalità nasce principalmente dalla stipulazione [2], ma anche dagli altri contratti [3], dal testamento [4] e per effetto della qualità delle persone [5]. L'identità giuridica dell'oggetto non

---

[1] MARCIANUS, fr. 32, § 4, *de usurp.*, XXII, 1; PAULUS, fr. 173, § 2, *de reg. iur.*, L, 17. Su questi frammenti in relazione al fr. 18, *de duob. reis*, XLV, 2, di POMPONIO, vedi ARNDTS-SERAFINI, *l'andette*, II, § 250, nota 7, e gli autori ivi citati, ai quali va aggiunto MITTEIS, *Individualisirung der Obbligation*, pag. 94, e DERNBURG, *Pandekten*, II, § 73, n. 2.

[2] Si deve concludere un contratto solo per tutti. Questa unicità del contratto si manifesta specialmente nella forma della stipulazione. Dovendosi creare un'obbligazione correale passiva, il creditore domanda ai suoi debitori, Sempronio e Mevio: SEMPRONI DECEM DARE SPONDES? MAEVI EOSDEM DECEM DARE SPONDES? e ciascuno dei condebitori risponde SPONDEO o tutti e due insieme rispondono SPONDEMUS. Per creare poi un'obbligazione correale attiva, uno dei concreditori rivolge al comune debitore la domanda: SPONDESNE MIHI DECEM DARE? e l'altro concreditore fa subito dopo la stessa domanda: SPONDESNE MIHI EOSDEM DECEM DARE? e il debitore risponde: UTRIQUE VESTRUN DECEM DARE SPONDEO. Vedi pr. Inst., *de duobus reis*, III, 16; ULPIANUS, fr. 3 pr.; POMPONIUS, fr. 3 pr.; fr. 4, § 3, e VENULEJUS, fr. 12, pr. *de duobus reis*, XLV, 2.

[3] PAPINIANUS, fr. 9, pr. *de duob. reis*, XLV, 2.

[4] Per un testamento nasce l'obbligazione correale quando il testatore impone un legato ad uno o all'altro degli eredi alternativamente: ILLE AUT ILLE CENTUM DATO; POMPONIUS, fr. 8, § 1, *de legatis*, I; PAULUS, fr. 25, pr. *de legatis*, III. Giustiniano, per evitare equivoci, stabilì che la particella *aut* nelle disposizioni di ultima volontà equivalesse a *et* (Const. 4, *de verb. sign.*, VI, 38), onde da allora in poi bisogna aggiungere alcunchè alle riportate parole, per esempio UTER EORUM VOLET.

[5] Un esempio di correalità sorta dalla qualità delle persone si ha nei crediti e nei debiti contemporaneamente sorti di più argentari, cioè di più banchieri. PAULUS, fr. 9 e fr. 25, pr. *de pactis*, II, 14; Cod. di commercio, art. 40.

impedisce che l'obbligazione d'uno dei correi sia condizionata o a termine e le altre no e così via [1].

Le cause che annientano l'oggetto del debito estinguono tutta la correalità, sebbene si sieno verificate in uno solo dei correi. Così la *solutio* ed i suoi equivalenti e, in quanto implicano una *solutio*, l'*acceptilatio*, la *compensatio* e la *novatio* come pure la *litis contestatio* e il giuramento deferito sulla esistenza del debito, estinguono le obbligazioni di tutti i correi, sebbene abbiano luogo per opera di un solo di essi. Invece la *capitis deminutio*, la *restitutio in integrum*, la *confusio*, il *pactum de non petendo in personam* e tutti i fatti, che si riferiscono ai soggetti soltanto, estinguono solo l'obbligazione di colui, pel quale tali cause si sono verificate.

Solutio. — Nel caso di correalità attiva ciascuno dei creditori ha il diritto di esigere la intiera prestazione, ma il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore di fronte a tutti [2]. Nel caso di correalità passiva ciascuno dei debitori ha l'obbligo di eseguire la intiera prestazione, ma il pagamento fatto da uno dei debitori li libera tutti [3].

Quando alcuno dei debitori soddisfaccia l'intiero debito, o questo sia soddisfatto intiero ad alcuno dei creditori, nasce la questione se i condebitori abbiano l'obbligo di restituire una parte e se i concreditori abbiano il diritto di pretendere una parte proporzionata della prestazione soddisfatta. La soluzione di tale questione dipende tutta dalle relazioni che esistono tra i cointeressati. Se l'oggetto dovuto spetta a tutti i creditori correali, il concreditore che ha ricevuto il pagamento dovrà

---

[1] FLORENTINUS, fr. 7. *de duob. reis*, XLV, 2; § 2, Inst., *de duob. reis*, III, 16; Cod. civ., art. 1187.

[2] CELSUS, fr. 16, *de legatis*, II [31]; Cod. civ., art. 1184. Cfr. nota seg.

[3] Inst. *de duob. reis*, III, 16, § 1: « *Ex huiusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat* ». Vedi anche ULPIANUS, fr. 3, § 1, *de duob. reis*, XLV, 2, e Cod. civ., art. 1186.

tenerne conto agli altri in proporzione delle parti loro spettanti. E così pure se il debito fu contratto nell' interesse di tutti i condebitori, quello fra essi che ha pagato l' intiero debito, avrà il diritto di regresso contro gli altri [1].

I principii che valgono per la *solutio* si applicano ai suoi equivalenti, quali la dazione in pagamento e il deposito giudiziale [2].

Acceptilatio. — L' accettilazione era equiparata al pagamento [3], ed estingueva il debito per tutti i correi [4].

Diverso dall' accettilazione è il *pactum de non petendo* (remissione del debito). Se fu fatto soltanto riguardo ad uno dei creditori o debitori *(pactum de non petendo in personam)*, esso

---

[1] Const. 2, *de duob. reis.*, VIII, 39 [40]: « *Si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur* ». La presunzione è che il debito sia stato fatto nell' interesse comune dei condebitori; e quindi incombe a chi è convenuto coll' azione di regresso di dare la prova contraria. Se, ad esempio, io appongo la firma ad una cambiale all' unico scopo di dare ad un amico il mezzo di riscuoterne il valore, scontando la cambiale alla Banca, è naturale che ove egli (dopo avere alla scadenza soddisfatto la cambiale) pretendesse di esercitare il regresso contro di me, io sarei ammesso a provare che il debito fu contratto nell' interesse esclusivo di lui. Sul regresso fra i condebitori in solido vedi sovratutto: LANDUCCI. *Il regresso nelle obbligazioni correali*, nelle *Memorie dell' Università di Padova per l' VIII centenario dell' Università di Bologna*. Padova 1888. Cfr. pure BRUGI, nell'*Archivio giur.*, XXX, 413, che dalle diverse relazioni fra i coobbligati fa discendere l' uso di diverse azioni per attuare quel regresso.

[2] Vedi più sotto, § 123.

[3] ULPIANUS, fr. 7, § 1, *de liber. leg.*, XXXIV, 3: « *Quia acceptilatio solutioni comparatur* ». Cfr. § 1. Inst., *quib mod. obl. toll.*, III, 29: « *Item per acceptilationem tollitur obbligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio* ». Vedi anche Cod. civ., art. 1279 e 1834 e più sotto § 126.

[4] ULPIANUS, fr. 13, § 12, *de acceptil.*, XLVI, 4: Fr. 16, *eod.* (ULPIANUS): « *Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi, qui secum obligantur: nam quum ex duobus pluribusque eiusdem obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est* ». Vedi anche IAVOLENUS, fr. 3, *de duob. reis*, XLV, e la nota precedente.

non può essere opposto che alla persona o dalla persona in considerazione della quale fu conchiuso [1]. Nel caso che sia stato fatto in termini generali *(pactum de non petendo in rem)* bisogna distinguere fra obbligazioni correali attive e obbligazioni correali passive. Il patto consentito da uno dei creditori correali non può essere opposto agli altri [2]. Il patto consentito dal creditore ad uno dei condebitori correali può essere invocato anche dagli altri quando essi abbiano diritto di regresso contro colui in favore del quale il patto è stato conchiuso [3].

Compensatio. — La compensazione effettuata è una reciproca *solutio* [4] e giova quindi a tutti i condebitori. Invece il debitore non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore se non se e in quanto egli abbia contro quest'ultimo il diritto di regresso [5]. Parimente non può il debitore opporre al creditore correale la compensazione di ciò che gli è dovuto da un altro creditore se non in quanto il primo sia esposto al regresso da parte di quest'ultimo [6].

Novazione. — Mediante la novazione fatta tra il creditore ed uno dei debitori correali, i condebitori restano liberati, se

---

[1] PAULUS, fr. 25, § 1, *de pact.*, II, 14 (cfr. ULPIANUS, fr. 3. § 3, *de liber. leg.*, XXXIV, 3); Codice civile, art. 1281. Vedi più sotto, § 126.

[2] PAULUS, fr. 25, pr. *de pact.*, II, 14.

[3] Ciò è giusto ed equo. Infatti, se il condebitore estraneo al patto non potesse opporre l'*exceptio pacti conventi* e dovesse pagare l'intiero debito, egli agirebbe per regresso contro l'altro condebitore, al quale fu accordata la remissione, e così il creditore verrebbe indirettamente a colpire quel correo a vantaggio del quale aveva dichiarato di rimettere il debito. PAULUS, fr. 21, § 5; fr. 23; fr. 25, pr.; ULPIANUS, fr. 26, *de pactis*, II, 14; fr. 3. § 3, *de liber. leg.*, XXXIV, 3; Codice civ., art. 1281.

[4] PAULUS, fr. 76, *de verb. sign.*, L. 16: « *Dedisse intelligendus etiam is, qui compensavit* ». POMPONIUS, fr. 4, *qui pot.*, XX. 4: « *Nec enim interesse, solverit, an pensaverit* ». Vedi più sotto, § 124.

[5] PAPINIANUS, fr. 10, *de duob. reis*, XLV, 2: « *Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet* ».

[6] Questo è un punto molto controverso. Nel nostro senso vedi WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 291; in senso contrario VANGEROW, *Pand.*, II, § 373, e gli autori da essi citati.

questa fu l'intenzione delle parti [1]. Invece la novazione fatta da uno dei creditori correali non nuoce agli altri [2].

Litis contestatio. — Nelle obbligazioni correali attive il debitore citato da uno dei creditori non ha più il diritto di pagare agli altri [3] e per conseguenza deve esser protetto contro le domande degli altri concreditori finchè il primo non receda dall'azione [4].

La cosa giudicata che dichiari la non esistenza dell'obbligazione opera contro tutti i concreditori e in favore di tutti i condebitori, sebbene non abbiano preso parte al giudizio [5].

---

[1] AFRICANUS, fr. 31, *de duob. reis,* XLV, 2; fr. 20, *ad Sc. Vell.,* XVI, 1; Cod. civ., art. 1277.

[2] PAULUS, fr. 27, pr. *de pactis,* II, 14, riportato a pag. 49, nota 4. A questo passo sembra contraddire VENULEJO nel fr. 31, § 1, *de novat. et deleg.,* XLVI, 2: ... *Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit* ». Ma è da tener presente il resto del frammento: « *cum id specialiter agit, eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus* ». Le quali parole indicano che va fatta una sola eccezione, e questa per il caso in cui la novazione sia di tale specie da importare per il debitore un effettivo pagamento e per il creditore una effettiva riscossione. Vedi LANDUCCI, nell'*Archivio giuridico,* XIX, 3-22.

[3] GAIUS, fr. 16, *de duob. reis,* XLV, 2: « *Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo nihil agit* ». JAVOLENUS, fr. 2, *cod.*: « *Idcoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio* ». Cod. civ., art. 1185: « Il debitore ha la scelta di pagare all'uno o all'altro dei creditori in solido, quando non sia stato pervenuto da uno di essi con giudiziale domanda ». Molti applicano il principio della prevenzione anche al costituto (vedi più sotto, § 143), ma contro questa opinione vedi FILIPPO SERAFINI, nell'*Archivio giur.,* XVII, 401, e XVIII, 13 e seg. Nel diritto antico la *litis contestatio* consumava l'azione (vedi vol. I, § 39); ma Giustiniano tolse alla contestazione della lite l'efficacia estintiva della correalità passiva. Const. 28, *de fideiuss. et mand.,* VIII, 41 [40]: *Idemque in duobus reis promittendi constituimus ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concendentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat* ».

[4] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* II, § 271, nota 4.

[5] Arg. ULPIANUS, fr. 28, pr., §§ 1 e 3; POMPONIUS, fr. 12, §§ 1 e 3, *de iureiur.,* XII, 2; ULPIANUS, fr. 4, § 3, *si serv. vind.,* VIII, 5. In caso di collusione del creditore col debitore a danno degli altri concreditori.

Ius-iurandum. — Il giuramento decisorio deferito ad uno fra i debitori correali sull'esistenza stessa dell'obbligazione giova anche ai condebitori [1].

DELLA SEMPLICE SOLIDARIETÀ. — La solidarietà è un insieme di obbligazioni, aventi ciascuna un oggetto eguale a quello delle altre; di guisa che a ciascuno dei debitori spetta il dovere di prestare il suo oggetto, in modo però che il creditore comune non possa pretendere che un solo di cotesti oggetti, affinchè, ottenuta la soddisfazione del suo credito, indebitamente non si arricchisca [2].

Le obbligazioni dei diversi debitori solidali non hanno in sè nulla di comune: le uniche loro attinenze stanno nell'origine e nell'estinzione; nell'origine perchè sorgono da una comune responsabilità, nell'estinzione perchè il soddisfacimento di una toglie l'obbligo di soddisfare le altre. L'oggetto di ciascuna è separato, sebbene trattandosi della medesima responsabilità, sia eguale: se il soddisfacimento dell'una toglie che anche le altre debbano venir soddisfatte, si è solo per impedire un indebito arricchimento del creditore, cui il danno deve essere risarcito una volta sola [3].

---

questi sarebbero ammessi a dare la prova della collusione. MARCIANUS, fr. 19, *si serv. vind.*, VIII, 5. Se la sentenza non riguardasse che i rapporti personali di una delle parti coll'obbligazione correale, non estenderebbe la sua efficacia agli altri correi. Così pure la sentenza di condanna di uno dei debitori correali non basta di per sè a liberare gli altri debitori « *donec creditori per omnia satisfiat* », come dice Giustiniano nella Const. 28, *de fideiuss.*, VIII, 40. Vedi anche PAPINIANUS, fr. 52, § 3, *de fideiuss.*, XLVI, 1.

[1] ULPIANUS, fr. 28, pr. §§ 1 e 3, e POMPONIUS, fr. 42, §§ 1 e 2, *de iurei.*, XII, 2; ULPIANUS, fr. 1, § 3, *quar. rer. act.*, XLIV, 5; Cod. civ., art. 1373.

[2] Vedi LANDUCCI, *op. cit.*, pag. 15.

[3] A chiarire tutto questo valga un esempio. Da una casa è stato gettato alcunchè sulla pubblica via arrecando a un passeggiero un danno di 100. L'editto del pretore ne rende per l'intero responsabili gli inquilini i quali, per esempio, sono tre: Tizio, Caio e Sempronio. La responsabilità essendo individuale e indipendente ne nascono tre obbligazioni: di Tizio verso il passeggiero di 100 di Caio verso il passeggiero di altre 100 e di Sempronio

Per regola, quando i coautori dell'atto illecito sieno più, la solidarietà si riscontra nelle *actiones rei persecutoriae* [1]; nasce inoltre nei contratti in cui deve restituirsi e custodirsi una cosa da più persone, per la responsabilità che ne deriva [2]; dalla tutela, per l'obbligo dei contutori rispetto al pupillo [3] e in varii altri casi [4].

Soltanto col soddisfacimento per opera dei debitori sorge la ragione d'equità, che toglie l'obbligo di soddisfacimento degli altri. Gli altri modi di estinzione non estinguono che l'obbli-

---

verso lo stesso passeggiero di altre 100. A rigore giuridico, non avendo nulla di comune, eccetto il creditore, tutte e tre dovrebbero essere soddisfatte; ma siccome sarebbe iniquo che il passeggiero avesse 300 di risarcimento per un danno di 100, quando abbia riscosso 100, non può pretendere altro, chè sarebbe in dolo.

[1] Const. 1, *de cond. furt.*, IV, 8: « *Praeses provinciae, sciens, furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse, ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, iure proferre sententiam curabit* ». Cod. civ., art. 1155: « Se il delitto o quasi delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno ». Vedi anche l'art. 39 del Codice penale: « I condannati per uno stesso reato sono obbligati in solido alle restituzioni, al risarcimento dei danni, alla riparazione pecuniaria e alle spese processuali » (vedi SERAFINI, *Codice penale illustrato*, pag. 122 e seg.). Cfr. ULPIANUS, fr. 1, § 4, *de eo per quem fact. erit*, II, 10; fr. 14, § 15, *quod metus causa*, IV, 2; fr. 18, pr. *de dolo*, IV, 3; fr. 5, *de nox. act.*, pr. IX, 4; fr. 3, pr. *si mens. fals. mod.*, XI, fr. 7, § 4 e PAULUS, fr. 8, *quod falso tutore auct.*, XXVII, 6; ULPIANUS, fr. 1, *de vi*, XLIII, 16.

[2] ULPIANUS, fr. 5, § 15, *commodati*, XIII, 6; fr. 1, §§ 43 e 44, e MARCELLUS, fr. 22, *depositi*, XVI, 3.

[3] ULPIANUS, fr. 15, *de tutelae et rat.*, XXVII, 3; JULIANUS, fr. 18, § 1 e PAULUS, fr. 45, *de adm. et per.*, XXVI, 7.

[4] ULPIANUS, fr. 1, § 10; fr. 3 e PAULUS, fr. 4, *de his qui effud.*, IX, 3. Vedi anche il Cod. civ., art. 238, 239, 250, 916, 1756, 1814 e il Codice di commercio, art. 76, 106, 114, 364 e 368; Cod. di proc. civ., art. 371 e 762; Legge sulle tasse di Bollo e registro del 13 sett. 1874, art. 7, 9, 45, 50, 55, 74, 79, 86, 87, 101; Legge d'imposta sui redditi di ricchezza mobile del 24 agosto 1877, art. 29 e 63; Legge sulle tasse ipotecarie del 13 settembre 1874, art. 12; Regolamento doganale, 11 settembre 1862, art. 80.

gazione di quel particolare debitore, in confronto del quale hanno luogo.

Se un debitore adempie la sua obbligazione, debbono risarcirlo gli altri, in proporzione della loro responsabilità: se responsabile fosse un solo, egli dovrebbe da solo sopportare il risarcimento.

DIFFERENZE FRA LA CORREALITÀ E LA SEMPLICE SOLIDARIETÀ. — 1.ª Le obbligazioni correali nascono dalla volontà delle parti, le solidali discendono da una responsabilità, si fondano quindi sulla legge. 2.ª Le correali possono essere tanto attive, che passive, le solidali passive soltanto. 3.ª Le correali possono avere un oggetto sì fungibile, che infungibile, le solidali solo fungibile. 4.ª Le correali hanno nell'oggetto unico un legame obbiettivo, le solidali non ne hanno alcuno. 5.ª Le correali possono nascere da qualunque atto giuridico fondato nella volontà delle parti, le solidali dalla legge o da un obbligo assunto. 6.ª Nelle correali qualunque fatto che si riferisca all'oggetto, ha efficacia per tutte le obbligazioni e per tutti i correi: non così nelle solidali, ove gli oggetti sono diversi. 7.ª Le correali s'estinguono, riguardo a tutti i debitori, per qualunque fatto che estingua giuridicamente l'unico oggetto; le solidali non si estinguono che mediante il soddisfacimento del creditore comune. 8.ª Il regresso del debitore pagante contro i condebitori è diverso: nelle correali ciascuno deve restituire la sua quota, nelle solidali devono restituire il tutto coloro soltanto che incorsero nella responsabilità. 9.ª La correalità non si presuppone mai, la solidarietà esiste sempre di per sè. 10.ª La correalità è un'eccezione alla regola delle obbligazioni parziarie, la solidarietà alla regola che tutti debbono risarcire il danno arrecato.

CAPO IV.

Dell'esecuzione delle obbligazioni.

Il debitore deve adempiere la prestazione, che forma oggetto dell'obbligazione, nel luogo e nel tempo stabilito dalle

parti o dalle circostanze. L'esecuzione dell'obbligazioni adunque va considerata sotto tre punti di vista: dell'oggetto, del luogo e del tempo.

§ 115.

Dell'esecuzione dell'obbligazione quanto all'oggetto.

REGOLA GENERALE. — Il debitore deve dare o fare esattamente e precisamente ciò che forma oggetto della sua obbligazione, e quindi non può pretendere che il creditore accetti un'altra prestazione [1], o una prestazione parziale od incompleta [2].

DATIO IN SOLUTUM [3]. — Tuttavia se il debito consiste in una somma di danaro, il debitore che, senza sua colpa, non può in alcun modo procacciarselo, ha il diritto di offrire in pagamento al creditore i suoi beni immobili dietro stima giudiciale del medesimi *(datio in solutum)* [4].

BENEFICIUM COMPETENTIAE [5]. In certi casi al debitore può anche spettare uno speciale beneficio, detto di competenza, in

---

[1] PAULUS, fr. 2, § 1: *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* »; POMPONIUS, fr. 3, *de reb. cred.*, XII, 1; PAULUS, fr. 98, § 6, *de solut.*, XLVI, 3; pr. Inst., *quib. mod. toll. obl.*, III, 19; Const. 16, *de solut.*, VIII, 42 [43]; Cod. civ. ital., art. 1245. S'intende che se il creditore accetta una prestazione diversa da quella dovuta, l'obbligazione si estingue.

[2] MODESTINUS, fr. 41, § 1, *de usur.*, XXII, 1. Cfr. JULIANUS, fr. 21, *de reb. cred.*, XII, 1; Cod. civ., art. 1236 (vedi più sopra, § 112). Questo principio non vale per le cambiali (Cod. di comm., art. 292).

[3] RÖMER, *Leistung an Zahlungstatt*, Tübingen 1866; POLACCO, *Della dazione in pagamento*, I, Padova 1888.

[4] Nov. 4, cap. 3. L'espressione *datio in solutum* ha qui un significato speciale, indica il *beneficium* sórto ai tempi di Cesare, ma ne ha anche uno generale in sostituzione di un soggetto ed un altro, che abbraccia molti e svariati istituti.

[5] PAMPALONI, negli *Studi senesi*, XV, 293, e negli *Studi per Schupfer* (1898); RICCOBONO, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1893, p. 125-131; ZANZUCCHI, *ibidem*, 1911.

virtù del quale non debba essere condannato all'esecuzione dell'obbligazione, se non in quanto possa soddisfarvi senza rimanere privo del necessario al suo sostentamento *(condemnatio in id quod facere potest)* [1]. Questo beneficio è strettamente personale e non passa neppure agli eredi di chi ne gode [2]. Esso si concede o a causa dei rapporti, che intercedono fra creditore e debitore [3], o per la natura del vincolo obbligatorio, che dà vita al credito [4], o per una qualità del debitore, che gli assicura tale vantaggio di fronte a certi creditori [5].

Inoltre il creditore può vietare che la prestazione sia fatta da altri che dall'obbligato [6], eccetto che la prestazione sia tale da rimanere sempre la stessa, qualunque sia la persona che la eseguisca [7].

---

[1] L'espressione romana per indicarlo è appunto *condemnatio in id quod facere potest*; i commentatori lo dissero *beneficium competentiae*, a alcuni moderni, a proposta di Windscheid, beneficio dello stretto necessario. In origine questo beneficio limitava la condanna alla somma cui ascendeva realmente l'attivo del debitore, ma interpretando poi più benignamente, secondo il fr. 173, *de reg. iuris*, L, 17, se ne dedusse il necessario al sostentamento. Tuttavia, ritornato *in bonis*, il debitore può essere costretto a pagare ciò che ritenne in forza del beneficio di competenza (Const. 8, *sol. matr.*, V, 18).

[2] Paulus, fr. 23; Pomponius, fr. 24; Paulus, fr. 25, *de re iud.*, XLII, 1; fr. 7, pr. *de except.*, XLIV, 1; Ulpianus, fr. 63, §§ 1 e 2, *pro socio*, XVII, 2; fr. 12; Paulus, fr. 13; Ulpianus, fr. 14; Paulus, fr. 15, § 1, *solut. matr.*, XXIV, 3.

[3] Ai genitori verso i figli, ai patroni verso i liberti, ai coniugi fra loro, al suocero verso il genero per la dote promessa, se richiesta durante il matrimonio, ai fratelli e alle sorelle fra loro. Ulpianus, fr. 16, 17, *de re iud.*, XLII, 1.

[4] Al marito, a suo padre e ai suoi figli contro l'azione dotale, eccetto se si tratti della restituzione di una *dos receptitia* al donante per credito derivante dalla donazione, al socio contro l'azione sociale.

[5] Ai soldati, agli usciti da poco dalla patria potestà, al debitore, che, dopo ceduti i beni, ne abbia acquistati altri di nuovo, contro i suoi creditori primitivi.

[6] Ulpianus, fr. 31, *de solut.*, XLVI, 3; Cod. civ., art. 1239.

[7] Gaius, fr. 53, e Marcellus, fr. 72, § 2, *de solut.*, XLVI, 3; Cod. civ., art. 1238; Arndts-Serafini, *Pandette*, II, §§ 219, 261.

§ 116.

Del luogo dell'esecuzione dell'obbligazione [1].

Se il luogo in cui il debitore deve eseguire la sua obbligazione non è determinato nè dalla natura stessa dell'obbligazione [2], nè da convenzione esplicita o implicita delle parti [3], il creditore ha il diritto di chiedere che l'obbligazione venga eseguita nel luogo dove, in caso di rifiuto, può ottenere ed ottiene effettivamente la condanna del debitore: questo luogo sarà adunque di regola il domicilio del debitore [4]. Tuttavia, se il credito è diretto alla consegna di cosa certa e determinata, il debitore, che non sia in mala fede, non può essere obbligato ad eseguire l'obbligazione in un luogo diverso da quello in cui la cosa si trova presentemente, colla modificazione però che, se il debitore avesse in mala fede trasportato altrove l'oggetto, potrebbe essere costretto di spedirlo a proprie spese nel luogo ove il creditore ha il diritto di pretendere l'esecuzione secondo la regola generale [5].

---

[1] LEONI, *Solutionis locus*, nella parte prima, pag. 85-162 del *Volume in onore del prof. Fr. Schupfer*; BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco*, Leipzig 1907.

[2] Ciò avviene, per esempio, nel caso che taluno si sia obbligato ad eseguire lavori intorno a beni stabili.

[3] ULPIANUS, fr. 47, pr., § 1, *de legatis*, I [30]; fr. 50, §§ 1 e 2, *de iudic.*, V, 1.

[4] LICIN. RUFINUS, fr. 38, *de iudic.*, V, 1; ULPIANUS, fr. 47, pr., § 1, *de legatis*, I [30]; POMPONIUS, fr. 1, *de ann. legat.*, XXXIII, 1; ULPIANUS, fr. 11, § 1, *ad exhib.*, X, 4; POMPONIUS, fr. 12, § 1, *depositi*, XVI, 3; Cod. civ., art. 1249.

[5] ULPIANUS, fr. 11, § 1, *ad exhib.*, X, 4; POMPONIUS, fr. 26, § 1, e AFRICANUS, fr. 108, pr., *de legatis*, [I]. Il Cod. civile (art. 1249) dispone che in questo caso la consegna della cosa deve farsi nel luogo ove si trovava al tempo del contratto.

Dopo di aver parlato del luogo in cui il debitore ha l'obbligo di eseguire la prestazione, ci resta a parlare di quello in cui egli ha il diritto di eseguirla. Se il luogo è determinato dalle parti o dalla natura stessa della prestazione, il debitore non ha diritto di eseguirla altrove. Tuttavia se le parti lo avessero stabilito nell' interesse esclusivo del debitore, questi avrebbe la facoltà di eseguire l' obbligazione anche nel domicilio del creditore [2]. In mancanza di esplicita determinazione, il debitore, che ha promesso di portare la cosa al creditore senza precisar dove, può eseguire la obbligazione in qualunque luogo opportuna gli sia dato trovare il creditore [3]: che se al contrario non ha assunto quell' impegno, egli ha il diritto di eseguire l' obbligazione anche al proprio domicilio, e toccherà al creditore di presentarsi in persona o per mezzo di altri a ricevere la cosa [4].

§ 117.

Del tempo dell' esecuzione dell' obbligazione [5].

Il termine entro il quale il debitore può validamente eseguire la sua obbligazione, e il creditore ha il diritto di chiedere codesta esecuzione *(quando dies venit)*, può essere determinato o dalle parti stesse, o dalla natura della prestazione, o dalla legge, o dal giudice.

---

[2] ULPIANUS, fr. 2, § 7: fr. 9, *de eo quod certo loco*, XIII, 4: SCAEVOLA, fr. 122, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1: Const. 9, *de solution.*, VIII, 43 [42]. Se il debitore non soddisfaceva la sua obbligazione nel luogo debito, il creditore poteva chiedere il risarcimento del danno coll' apposita *actio praetoria de eo quod certo loco*. POMPONIUS, fr. 6: PAULUS, fr. 7: AFRICANUS, fr. 8, *de eo quod certo loco*, XIII, 4; § 3, Inst., *de act.*, IV, 6.

[3] AFRICANUS, fr. 39, *de solut.*, XLVI, 3.

[4] Cod. civ., art. 1249.

[5] RAMPONI, *La determinazione del tempo nei contratti*, nell' *Archivio giur.*, XLV, 293-420.

Se il termine è stabilito dalle parti, il creditore non può chiedere l'esecuzione prima che sia scaduto [1]. Il debitore non può quindi esser costretto ad eseguire l'obbligazione prima del tempo stabilito; ma, dato che volesse eseguirla prima, potrà farlo? Bisogna distinguere. Se il termine è stabilito nell'interesse del debitore, questi può eseguire l'obbligazione anche prima del tempo fissato; mentre, se è pattuito nell'interesse del creditore, il debitore non può fare valida offerta se non quando sia scaduto il termine [2]. Nel dubbio il termine si ritiene favorevole al debitore giusta la massima *diei adiectio pro reo est* [3].

Se non venne fissato alcun termine, il creditore può chiedere l'esecuzione a ogni istante [4], tranne nei seguenti casi: 1.° quando la prestazione esige per la sua natura un certo tempo; 2.° quando la prestazione consiste in un lavoro, che non può farsi in qualunque stagione; 3.° quando la legge stessa fissa un termine; 4.° finalmente quando è in facoltà del giudice d'accordare una modica dilazione ed egli l'accorda [5].

Se il debitore omise ingiustamente di eseguire la sua prestazione, in tutto o in parte, nel termine entro il quale avrebbe dovuto eseguirla, egli è in mora *(mora in solvendo)*. Anche il creditore può essere costituito in mora *(mora in accipiendo)*,

---

[1] POMPONIUS, fr. 42, *de verb. obl.*, XLV, 1; *Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus sit nisi omnibus partibus praeteritis anni vel mensis non recte peti potest;* § 2, Inst., *de verb. obl.*, III, 15 [16]; Cod. civ., art. 1174.

[2] AFRICANUS, fr. 39, *de solut.*, XLVI, 3; ULPIANUS, fr. 38, § 16; fr. 41, § 1 e VENULEJUS, fr. 137, § 2 *de verb. obl.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 17, *de reg. iur.*, L. 17; Cod. civ., art. 1175.

[3] ULPIANUS, fr. 38, § 16; fr. 41, § 1 e VENULEJUS, fr. 137, § 2, *de verb. obl*, XLV, 1; CELSUS, fr. 70, *de solut.*, XLVI, 3.

[4] POMPONIUS, fr. 14, *de reg. iur.*, L. 17: *In omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur praesenti die debetur.*

[5] CELSUS, fr. 186, *de reg. iur.*, L. 17; POMPONIUS, fr. 14; ULPIANUS, fr. 41, § 1; fr. 69; PAULUS, fr. 73, pr.; MARCELLUS, fr. 98, § 1 e VENULEJUS, fr. 137, §§ 2 e 3, *de verb. obl.*, XLV, 1; Cod. civ. art. 1173.

ogniqualvolta impedisca ingiustamente l' esecuzione dell' obbligazione, che il debitore potrebbe e vorrebbe fare, ricusando, per esempio, di accettare l' offerta di pagamento fattagli in tempo e luogo opportuno, o non trovandosi nel luogo designato per ricevere la prestazione.

§ 118.

Della mora del debitore e del creditore [1].

MORA DEL DEBITORE. — *Requisiti.* - Bisogna anzitutto che l' obbligazione sia esigibile. Ne deriva che mora non può verificarsi, nelle obbligazioni naturali, in via assoluta, e, per le obbligazioni civili, quando l' obbligazione è condizionale o a termine durante la pendenza della condizione o del termine, o finchè le può venire opposta una eccezione dilatoria, dovendosi aspettare il momento in cui il creditore può pretendere di essere soddisfatto.

È necessario inoltre che possa attribuirsi a colpa del debitore la mancanza del pagamento. Se il debitore può addurre plausibili motivi di scusa, non incorre in mora. Così, per esempio, non è in mora se l' esecuzione dell' obbligazione è diventata impossibile senza sua colpa [2], o se gli fu impossibile di trovare il creditore per fare il pagamento; così pure se dovette assentarsi a causa di pubblico ufficio e non ebbe il tempo di provvedere, o se ritarda l' adempimento dell' obbligazione perchè abbia qualche valida eccezione da opporre alla domanda del creditore, o perchè il credito non sia liquido, o perchè il

---

[1] MOMMSEN FR., *Beiträge z. Obligationenrecht*, III, Braunschweig, 1885; KNIEP, *Die mora des Schuldners*, 2 vol., Rostock 1871-1872; SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1906; SIBER, in *Zeitsch. der Savigny Stift.* 1908 (p. 47 e seg.); SEGRÈ, in *Studi per Bugi* (p. 391 e seg.).

[2] GAIUS, fr. 14, *depositi*, XVI, 3.

creditore non faccia quello che il debitore ha diritto di pretendere [1].

Per regola generale il debitore non è costituito in mora che mediante interpellazione, cioè intimazione di fare il pagamento. [2] È necessario esaminare separatamente: chi abbia il diritto di fare l' interpellazione; a chi e in qual tempo, luogo e modo debba essere fatta; in quali casi da ultimo l' interpellazione non sia necessaria.

Chi possa fare l' interpellazione. — L' interpellazione può farsi soltanto da chi ha la facoltà di ricevere la prestazione e la giustifichi di fronte al debitore. Non già che il creditore debba farla sempre personalmente, dappoichè egli può servirsi anche di un mandatario. [3] Anzi si dànno casi nei quali il creditore non può egli stesso interpellare, come quando è incapace per legge a ricevere la prestazione. Così, per esempio, il pupillo e l' interdetto non possono fare in persona una valida interpellazione, ma in loro vece dovrà farla il tutore o il curatore.

A chi debba essere fatta l' interpellazione. — L' interpellazione, per esser valida, deve essere diretta contro il debitore capace per legge di adempiere l' obbligazione di cui si tratta. Così, per esempio, se il debitore è un pupillo o un interdetto, l' interpellazione deve farsi al tutore o al curatore. [4] L' interpellazione fatta al mandatario del debitore non è valida se non nel caso che questi sia un procuratore incaricato di rappresentare il debitore in giudizio. [5]

---

[1] Ulpianus, fr. 3, *de reg. iur.*, L, 17; Celsus, fr. 185, *h. t.*; Pomponius, fr. 5, *de reb. cred.*, XII, 1; Paulus, fr. 17, § 3, *de usur. et fruct.*, XXII, 1.

[2] Marcianus, fr. 32, pr. *de usur.*, XXII, 1: *Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco non solverit.*

[3] Paulus, fr. 24, § 2, *de usur.*, XXII, 1.

[4] Id., fr. 24, *de verb. obl.*, XLV, 1.

[5] Ulpianus, fr. 8, § 3, *de procur.*, III, 3, combinato col fr. 32, § 1, *de usur.*, XXII, 1 (Marcianus). Pel disposto degli art. 135 e 136 del Cod. di proc. civ. ital., le domande si devono dirigere contro la stessa parte sal-

Quando debba essere fatta l' interpellazione. — Se l' obbligazione non è soggetta ad alcun termine, l' interpellazione può farsi in qualunque momento. Se invece è soggetta a termine, è naturale che l' interpellazione non possa farsi validamente prima che questo sia decorso, dappoichè nessuno può pretendere l' esecuzione di un' obbligazione non peranco scaduta: dopo, l' interpellazione può farsi validamente, ma non è necessaria perocchè, come vedremo in appresso, *dies interpellat pro homine.*

In qual luogo debba farsi l' interpellazione. — Di regola l' interpellazione deve essere fatta al domicilio reale od elettivo del debitore. Trattandosi di domanda giudiziale, se questa, viene notificata alla persona stessa del debitore, l' interpellazione può farsi in qualsiasi luogo opportuno, purchè, s' intende, il debitore non venga citato a comparire avanti ad una autorità diversa da quella del luogo, in cui egli ha la sua residenza o il suo domicilio, e non si pretenda che egli adempia l' obbligazione in un luogo diverso da quello in cui deve eseguire la prestazione.[2]

In quale forma e modo debba farsi l' interpellazione. — L'interpellazione può essere fatta giudizialmente o stragiudizialmente: dunque o con regolare atto di citazione, o con una semplice lettera, od anche a voce.[3] Una semplice comunica-

---

vochè questa non abbia l' amministrazione dei suoi beni, nel qual caso la intimazione si fa al suo rappresentante.

[1] PAULUS, fr. 49, § 3, *de verb. obl.*, XLV, 1.

[2] MARCIANUS, fr. 39, pr. *de usur.*, XXII, 1; Cod. di proc. civile, art. 90 e 139. Quando però è stato fissato un luogo per l' esecuzione dell' obbligazione, il creditore ha il diritto di proporre la sua domanda davanti l' autorità giudiziaria del luogo in cui deve eseguirsi l' obbligazione: ma perchè ciò possa farsi validamente, il Cod. di proc. civ. ital. vuole che l' atto di citazione sia stato notificato alla persona stessa del debitore mentre si trovava in detto luogo (art. 91), salvochè si tratti di materia commerciale.

[3] MARCIANUS, fr. 32, pr., § 1, *de usur.*, XXII, 1. Il Cod. civ. patrio richiede l' *intimazione* od altro atto *equipollente* (art. 1223). Non basta adunque un atto qualunque, ma si esige una formale interpellanza fatta per iscritto.

zione del conto, non accompagnata dall'invito di pagare, non si può, di regola, riguardare come una interpellazione, ma solo come una notificazione del debito esistente.

Se manchi l'una o l'altra delle condizioni suesposte l'interpellazione non è valida, e il debitore non può dirsi costituito in mora.

In quali casi non sia necessaria l'interpellazione. — In alcuni casi il debitore è costituito in mora di pien diritto, senza bisogno di interpellazione [1] *(mora ex re)*, e sono: 1.° quando l'obbligazione è diretta alla restituzione di una cosa, che al creditore sia stata sottratta furtivamente od in altro modo illecito, e in generale nei debiti derivanti *ex maleficio;* [2] 2.° quando l'interpellazione non può farsi per l'assenza del debitore o per altra causa che da questo provenga nel qual caso basta una protesta giudiziale; [3] 3.° quando si tratta di crediti di minori; [4] 4.° quando infine è stato fissato un termine, entro il quale il

---

Ma non è necessario che sia una domanda giudiziale, bastando anche una domanda stragiudiziale. Cfr. C. Torino, 28 aprile 1911 *(Giur. Tor. 1911, 1431)*. Sulla questione, se le semplici lettere possano riguardarsi come atti legali di costituzione in mora, la giurisprudenza è discorde; ma la dottrina sta per l'affermativa (vedi GIORGI, *Obbligazioni*, II, n. 56).

[1] ULPIANUS, fr. 23, § 1, *de usur. et fruct.*, XXII, 1: *Aliquando etiam in re moram esse decerni solet si forte non extat qui conveniatur.*

[2] ULPIANUS, fr. 3, § 1, *de condict. furt.*, XIII, 1: *Semper enim moram fur facere videtur.* Vedi anche TRYPHONINUS, fr. 20, *eod.*; fr. 29; ULPIANUS, fr. 17, § 2, *rer. amot.*, XXV, 2; Const. 7, *de cond. ob. turp. caus.*, IV, 7; ULPIANUS, fr. 1, §§ 34 e 35; fr. 19, *de vi*, XLIII, 16; Const. 1, *de his quae vi*, II, 19 [20]. A torto questo caso fu esteso ad ogni possessore di mala fede, mentre le fonti riferisconsi soltanto ad un possessore clandestino o violento.

[3] POMPONIUS, fr. 2, *de naut. foen.*, XXII, 2: *Si nemo sit qui a parte promissoris interpellari possit.* ULPIANUS, fr. 23, § 1, *de usur.*, XXII, 1.

[4] PAULUS, fr. 87, § 1, *de legatis*, II [31]; ULPIANUS, fr. 3, § 2, *de adim. legat.*, XXXIV, 4; fr. 26, § 1, *fideic. lib.*, XL, 5. Quanto ai crediti del fisco, dei legati pii ed all'obbligo della restituzione della dote dopo sciolto il matrimonio, è stabilito che gli interessi moratorii decorrano dal semplice ritardo del pagamento, senza bisogno d'interpellazione.

debitore deve adempiere la sua obbligazione [1]. Che se il termine è stato fissato solo perchè il creditore non possa chiedere prima la esecuzione dell'obbligazione, questi non può fare l'interpellazione avanti la scadenza, e, trascorsa che sia, se vuole costituire il debitore in mora, deve interpellarlo.

Effetti della mora del debitore. — Il debitore costituito in mora è tenuto al risarcimento di tutti i danni, che ne vennero al patrimonio del creditore *(id quod interest)*. Questo principio merita una analisi accurata. Il debitore, si è detto, è tenuto a risarcire tutti i danni, vale a dire tanto il danno positivo (danno emergente) quanto il danno negativo (lucro cessante) [2]. Tuttavia non è tenuto per quei danni che hanno cagione da un lusso straordinario [3] o da una disonestà del creditore [4]. Nel fissare il valore pecuniario dei danni, il giudice deve avere ri-

---

[1] Questo principio non solo è esplicitamente sancito dal diritto canonico (cap. 6, *de reg. iur.*, in VI°: « *cum qui certus est, certiorari ulterius non oportet* ») e dal Codice civile (art. 1223), ma è altresì conforme alle leggi romane: Ulpianus, fr. 1 e fr. 11, § 15 e 16, *de act. empti rend.*, XIX, 1; Const. 12, *de contr. stip.*, VIII, 38; Const. 2, *de iure emph.*, IV, 66; Pomponius, fr. 33 e Ulpianus, fr. 114, *de verb. obl.*, XLV, 1; Const. 10, *de act. empti rend.*, IV, 49; Celsus, fr. 11, *de re iud.*, XLII, 1. Vedi Nani, *Sopra la regola « dies interpellat pro homine » in dr. rom.*, nell'*Archivio giur.*, XI, 211 e in senso contrario Fusinato, *ivi* XXVIII, 145.

[2] Ulpianus, fr. 114, *de verb. obl.*, XLV, 1: « *Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur consecuturum me quanti mea intersit moram factam non esse* ». Confr. Proculus, fr. 113 § 1, *cod.*; Africanus, fr. 36, § 2, *de usufr.*, VII, 1; Ulpianus, fr. 9, § 8, *ad exhib.*, X, 4; Paulus, fr. 21, § 3; Neratius, fr. 31, § 1, *de act. empti rend.*; Paulus, fr. 26, *de legatis*, III [32]; Cod. civ., art. 1227: « I danni sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato ». Vedi anche il volume I, § 31.

[3] Ulpianus, fr. 10, pr. *de damno inf.*, XXXIX, 2: *Honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda.* Vedi Proculus, fr. 13, § 1, *de serv. praed. urb.*, VIII, 2.

[4] Paulus, fr. 11, *de furt.*, XLVII, 2: *Tum is, cuius interest, furti habet actionem, si honesta causa interest.* Vedi anche Pomponius, fr. 76, § 1, *eod.*, e Paulus, fr. 33, *de rei vind.*, VI, 1.

guardo, non già al valore astratto della prestazione non eseguita o ritardata, sibbene al valore che essa aveva pel creditore, non calcolando per altro il prezzo di affezione, che il creditore poteva annettervi per ragioni puramente personali. [1] Se il valore dell'oggetto dovuto è diminuito dopo la costituzione in mora, il debitore può esser condannato al maggior valore, seppure non provi che il creditore, qualora avesse ricevuto in tempo la cosa, l'avrebbe conservata; [2] e se il valore ebbe ad aumentare, il creditore può pretenderlo quale è presentemente, salvochè il debitore non provi che il creditore non avrebbe conservato la cosa sino a questo momento. [3] Il debitore moroso deve pagare i frutti percetti e percipiendi [4] e gli interessi, detti appunto per ciò moratorii, i quali, trattandosi di obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono fissati nella misura legale. [5] Se dopo la mora del debitore la prestazione è divenuta impossibile, il debitore moroso non resta liberato dall'obbligazione, nemmeno se tale impossibilità derivi da caso

---

[1] PAULUS, fr. 33, pr. *ad leg. Aquil.*, IX, 2; ULPIANUS, fr. 6, § 2, *de oper. serv.*, VII, 7.

[2] POMPONIUS, fr. 3, § 3, *de act. empti vend.*, XIX, 1; AFRICANUS, fr. 37, *mand.*, XVII, 1.

[3] PAULUS, fr. 21, § 3, *de act. empti vend.*, XIX, 1. Vedi la nota precedente.

[4] Fr. 39, § 1, *de legatis*, I [30]: « *Factus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit* ». Vedi anche PAPINIANUS, fr. 8; PAULUS, fr. 38, § 15 e MODESTINUS, fr. 39, *de usur.*, XXII, 1; PAULUS, fr. 26, *de legatis*, III [32]; ULPIANUS, fr. 18 [19], pr. *ad Sc. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 17, § 1, e PAPINIANUS, fr. 62, *de rei vind.*, VI, 1.

[5] MARCIANUS, fr. 32, § 2, *de usur.*, XXII, 1; Const. 2, *depos.*, IV, 34; PAPINIANUS, fr. 78, § 2, e PAULUS, fr. 87, § 1, *de legatis*, II [31]; Cod. civ., art. 1231. Gli interessi moratorii non sono dovuti nei debiti derivanti da donazioni (MODESTINUS, fr. 22, *donat.*, XXXIX, 4), nei debiti contrattuali del fisco (PAULUS, fr. 17, § 5, *de usuris*, XXII, 1), e nelle pene pecuniarie a favore del fisco (Const. 1, *de fisc. usur.*, X, 8). Per una legge speciale di Giustiniano, quando l'oggetto della prestazione è suscettivo di una stima certa, questa non può eccedere il doppio del valore dell'oggetto (Const. un., *de sent., quae pro eo quod interest prof.*, VII, 47).

fortuito, [1] eccettochè non provi che, quand'anche avesse eseguito in tempo l'obbligazione, il creditore non avrebbe nè l'oggetto dovuto, nè il relativo valore. [2] Gli stessi principii si applicano al caso di impossibilità parziale. [3]

Il debitore moroso è tenuto a risarcire soltanto i danni, che sono una conseguenza della mora. Di qui viene che, se i danni si sarebbero verificati anche senza la mora del debitore, questi non ne è responsabile. Non è però necessario che i danni siano una conseguenza diretta ed immediata della mora, ma basta che fra il fatto della mora e l'altro, da cui deriva immediato il danno, esista un rapporto causale, tale cioè da doversi ritenere che senza la mora del debitore non sarebbe accaduto quanto fu poi causa diretta ed immediata del danno o, pur essendosi verificato, non avrebbe recato danno. [4] Dato sif-

---

[1] È in questo senso che le fonti dicono che *obligatio per moram debitoris perpetua fit:* PAULUS, fr. 24, § 2, *de usur.*, XXII, 1; Cod. civ., art. 1219 e 1298. Che se il ritardo stesso fosse derivato da una causa estranea non imputabile al debitore, questi non sarebbe tenuto ai danni (art. 1225). Vedi anche il § 119.

[2] POMPONIUS, fr. 3, § 3, *de act. empti vend.*, XIX, 1: ULPIANUS, fr. 14, § 11, *quod metus causa*, IV, 2; fr. 20, § 21, e PAULUS, fr. 40, pr., *de hered. pet.*, V, 3; ULPIANUS, fr. 15, § 3, *de rei vind.*, VI, 1; PAULUS, fr. 12, § 4, *ad exhib.*, X, 4; GAIUS, fr. 14, § 1, *depositi*, XVI, 3; ULPIANUS, fr. 47, § 6, *de legatis*, I [30]. Cod. civ., art. 1298.

[3] In altri termini, il debitore moroso risponde tanto della perdita totale quanto del deterioramento della cosa, semprechè non provi che l'esatto adempimento dell'obbligazione non avrebbe recato alcun vantaggio al creditora. Vedi, oltre i testi citati nella nota precedente, ULPIANUS, fr. 8, § 1, *de cond. furt.*, XIII, 1; fr. 3, *de cond. trit.*, XIII, 3; PAULUS, fr. 25, § 2, *solut. matr.*, XXIV, 3; AFRICANUS, fr. 108, § 11, *de legatis*, I, [30]; fr. 37, *mandati*, XVII, 1; Cod. civ., art. 1219.

[4] Per esempio: Io vendo a Tizio il mio cavallo arabo e mi obbligo a consegnarglielo entro il mese di gennaio. Tizio lo rivende a Sempronio colla clausola penale di pagare 100 scudi a titolo di pena se egli non ne farà la consegna entro il mese. Ora se il mio ritardo nella consegna fa sì che Tizio debba pagare la pena di 100 scudi, io sono responsabile anche di questo danno sebbene esso non derivi necessariamente e immediatamente dalla mia obbligazione, ma sì veramente dalla clausola penale stipulatasi fra Tizio e

fatto nesso causale, il debitore è tenuto ai danni occasionali dalla mora, sebbene non li abbia preveduti nè potuti prevedere; [1] egli però non risponde di quelli, che il danneggiato avrebbe potuto evitare colle cure ordinarie.

Purgazione della mora. — La mora del debitore cessa innanzi tutto coll'estinzione dell'obbligazione; cessa inoltre quando il debitore offre al creditore l'esatto adempimento della sua obbligazione compreso ciò che gli compete per la mora precedente, [3] e finalmente cessa per una dilazione a pagare che il creditore conceda al debitore [4].

MORA DEL CREDITORE. — Il creditore è in mora quando per un fatto colposo (positivo o negativo) rende impossibile l'esecuzione dell'obbligazione; rifiutando, per esempio, il pagamento validamente offertogli nel luogo e nel tempo opportuno *(oblatio rite facta)* o ricusando di concorrere agli atti indispensabili, come sarebbero la misurazione o la pesatura degli oggetti da consegnarsi, la liquidazione d'un credito illiquido, ecc. [5]. La mora del creditore, oltrechè mettere a suo rischio e pericolo l'oggetto dell'obbligazione, [6] fà si che il debitore non risponda

---

Sempronio, la quale poteva benissimo non stipularsi. Delle conseguenze lontane e remote che non si possono ascrivere alla mora, il debitore non è tenuto. È in questo nesso che va inteso l'art. 1229 del Codice civile.

[1] Il Codice civile (art. 1228) dispone che il debitore non sia tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto.

[2] ULPIANUS, fr. 29, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1; PAPINIANUS, fr. 17, *de cond. furt.*, XIII. Ciò vale specialmente nel caso di estinzione dell'obbligazione in virtù di novazione (ULPIANUS, fr. 8, pr., *de novat.*, XLVI, 2). Cfr. DE GIOVANNIS, nell'*Archivio giur.*, XII, 138-190.

[3] PAULUS, fr. 73. § 2, e fr. 91, § 3, *de verb. obl.*, XLV, 1; MARCELLUS, fr. 72, § 1, *de solut.*, XLVI, 3.

[4] SCAEVOLA, fr. 54, *de pactis*, II, 14.

[5] AFRICANUS, fr. 39; MARCELLUS, fr. 72, pr., e § 3, *de solut.*, XLVI, 3; SCAEVOLA, cfr. fr. 122, pr. *de verb. obl.*, 45, 1, e MODESTINUS, fr. 41, § 1, *de usur.*, XXII, 1; POMPONIUS, fr. 3. § 4, *de act. empti vend.*, XIX, 1; Const. 4, *de usur. pup.*, V, 56.

[6] MARCELLUS, fr. 72, pr. *de solut.*, XLVI, 3; ULPIANUS, fr. 8, pr.,

più che del dolo e della colpa lata, [1] e fà inoltre che il creditore debba risarcire il debitore d' ogni danno, che gli avesse recato col rifiuto indebito di ricevere la prestazione [2].

§ 119.

Dell' inesecuzione delle obbligazioni derivanti da caso fortuito, da dolo e da colpa.

Caso fortuito [3]. — Non sempre l'inesecuzione dell' obbligazione dipende dal debitore, il quale in questo caso non deve sopportarne le conseguenze: ciò si verifica quando l'inadempimento dell' obbligazione non è imputabile a colpa [4], ma proviene unicamente da un evento di cui il debitore non è responsabile e che chiamasi caso fortuito [5]. Onde, se la prestazione promessa è divenuta impossibile, il debitore che non sia in mora, nè in colpa, resta liberato [6]. Che se il debitore è in

---

de cond. furt., XIII, 1; POMPONIUS, fr. 3, § 4. *de act. empti vend.*, XIX, 1; JULIANUS, fr. 84, § 3, *de legatis*, I [30].

[2] PAULUS, fr. 5, e POMPONIUS, fr. 18 [17], *de peric. et comm.*, XVIII, 6; fr. 9, *solut. matr.*, XXIV, 3.

CELSUS, fr. 38, § 1, *de act. empti vend.*, XIX, 1; POMPONIUS, fr. 8, *de tritic.*, XXXIII, 6.

[3] N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano 1895; F. LONGO, *Del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli 1895, e su di esso COVIELLO, nell' *Archivio giur.*, LIV, 92-102; DE MEDIO, in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, 1908, p. 157.

[4] Vedi il paragrafo precedente e il vol. I, § 31.

[5] ULPIANUS, fr. 23, *de reg. iur.*, L, 17: « *Casus a nomine prestantur* ». Cfr. CELSUS, fr. 185, *h. t.*

[6] Vedi più sotto § 121. Così, per esempio, se la specie venduta perisce per caso fortuito prima della consegna, il venditore resta liberato, e il compratore deve ugualmente pagare il prezzo. In altri termini, il rischio e pericolo è a carico del creditore (*periculum emptoris est*. PAULUS, fr. 8, pr. *commod.*, XVIII, 6); ma d' altra parte il creditore, mentre soffre la perdita che la cosa subisce accidentalmente, gode dell' aumento di valore che in

mora, egli deve, come s' è visto altrove, risarcire tutti i danni [1]. Lo stesso dicasi se i danni avvenuti per caso fortuito non si sarebbero verificati senza il dolo o la colpa precedentemente del debitore stesso *(casus dolo vel culpa determinatus)* [2]. Le regole enunciate valgono quando manchino convenzioni speciali, o quando disposizioni precise di legge non vi si oppongano. Quindi è che, se il debitore volontariamente assume la responsabilità del danno proveniente dal caso fortuito, ne subisca le conseguenze [3]. La prova del caso fortuito incombe naturalmente a chi lo allega per liberarsi dall' obbligazione.

Dolo e colpa [4]. — Quando il debitore, con un atto illecito, commesso appositamente (dolo), o col non usare della cura e della diligenza richiesta dal rapposto obbligatorio, in cui si è messo (colpa), rende impossibile in tutto o in parte l' adempimento della sua obbligazione. ne diventa responsabile verso il creditore. Questi può chiedergli il rifacimento dei danni, con l' azione derivante dall' obbligazione violata.

Del dolo il debitore risponde in tutti i casi e nemmeno una speciale preventiva convenzione verrebbe a liberarnelo [5]; ma,

---

egual modo per caso fortuito essa riceve nell' intervallo fra il momento in cui fu contratta l' obbligazione e il momento dell' esecuzione della medesima: *cuius periculum est, et commodum eius esse debet* (cfr. PAULUS, fr. 10, *de reg. iur.*, L, 17).

[1] Vedi il § 118, vol. I, § 31.

[2] PAULUS, fr. 18, pr. *de pign. act.*, XIII, 7; ULPIANUS, fr. 11, § 1, *locati*, XIX, 2; GAIUS, fr. 36, § 1; *de rei vind.*, VI, 1; fr. 1, § 4, *de obl., et act.*, XLIV. 7. La responsabilità del debitore moroso pel danno casuale, che colpisce la cosa dopo che esso è in mora, è una conseguenza di questo principio (vedi il § 118).

[3] NERATIUS, fr. 39, *mandati*, XVII, 1; ULPIANUS, fr. 9, § 2, *locati*, XIX. 2: *Julianus, lib. XI Digestorum dicit: si quis fundum locaverit ut etiam si quid vi maiori accidisset hoc ei praestaretur, pacto standum esse.*

[4] Cfr. sull' argomento i recenti studii del DE MEDIO. *Valore e portata della regola: magna culpa dolus est*, negli *Studi in onore di C. Fadda*, IV. e *Studi sulla colpa lata*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XVII. 5. e seg., XVIII, 260 e seg.

[5] ULPIANUS, fr. 1, § 7, *depos.*, XVI, 3: *Illud non probabis dolum non*

se col dolo d'una parte concorre il dolo dell'altra, ambedue a vicenda si distruggono [1]. La colpa invece non si presta in tutte le obbligazioni, ma spesso può trovarsi accompagnata col dolo [2].

Il dolo si distingue dalla colpa perchè nel primo vi è la prava intenzione di ledere il diritto altrui che manca in questa. Però d'ordinario la negligenza *(culpa lata)* è equiparata al dolo [3]; e perciò, quando si contrappone la colpa al dolo, devesi intendere solo una colpa leggera *(culpa levis)* [4]. Per questa vale la regola che l'obbligato non ne debba rispondere quando esso dal rapporto obbligatorio non ritrae profitto alcuno [5]; in caso diverso esso è responsabile di ogni negligenza *(omnis culpa)* [6]. Ma, sebbene l'obbligato non ne ritragga alcun utile, pur nondimeno è soggetto ad una responsabilità più grave, quando s'intrometta in un affare, oppur vi si offra, senza esserne stato richiesto [7], e quando assuma obblighi in una gestione di affari altrui, la quale per sua natura richiede ogni diligenza *exacta diligentia*

---

esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est: ULPIANUS, fr. 18, § 3, *de donat.*, XXXIX, 5.

[1] PAULUS, fr. 57, § 3, *de contrah. emt.*, XVIII 1; cfr. JULIANUS, fr. 3, § 3, *de eo per quem fact.*, II, 10: MARCIANUS, fr. 36, *de dolo*, IV, 3.

[2] ULPIANUS, fr. 23, *de reg. iur.*, L, 17: *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam: mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum: locatum, item dotis datio, tutelae, negotia esta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi quid nominatim convenit in singulis contractibus.*

[3] ULPIANUS, fr. 1, § 1, *si mensor.*, XI, 6; PAULUS, fr. 226, *de verb. sign.*, L, 16: *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.* Il DE MEDIO, loc. cit., presume la interpolazione di questi testi e degli altri in cui la *culpa lata* è equiparata al dolo.

[4] Vedi il vol. I, § 31, e ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 86, nota 5 e seg.

[5] Vedi il vol. I, § 31, e ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 250, nota 2.

[6] AFRICANUS, fr. 108, § 12, *de legatis*, I [30]; ULPIANUS, fr. 5, § 2; GAIUS, fr. 18, pr. *comm.*, XIII, 2. Cfr. ULPIANUS, fr. 23, *de reg. iur.*, L, 17.

[7] ULPIANUS, fr. 1, § 35, *depos.*, XVI, 3; PAULUS, fr. 53, § 3, *de furt.*, XLVII, 2.

diligentis patris familias) [1]. Al contrario v' hanno casi, nei quali la responsabilità è ristretta alla sola colpa grave, benchè in essi l' obbligato tragga un profitto [2]. Da ultimo v' hanno casi dell' una e dall' altra specie, nei quali l' obbligato risponde anche di colpe lievi, ma tuttavia non è responsabile se non di quella diligenza, che egli suole adoperare nelle cose sue *(diligentia quam in rebus suis adhibere solet)* [3].

Del resto le restrizioni alla responsabilità, che possono derivare giusta i principi esposti, non valgono mai a liberare il debitore dall' obbligo del rifacimento per quei falli riguardanti l' oggetto del debito, pei quali egli sarebbe tenuto ancorchè non esistesse alcun rapporto obbligatorio *(culpa in faciendo)* [4].

La misura ordinaria della responsabilità può essere sempre, sia da convenzioni apposite, sia da dilazioni, ristretta o aumentata a segno da comprendere il semplice caso.

Se tutte e due le parti versano in colpa, le pretese loro si compensano a vicenda fino al punto in cui equivalgono [5].

---

[1] Const. 11, 13, 21, *mand.*, IV, 37; POMPONIUS, fr. 11, *de negot. gest.*, III, 5; ULPIANUS, fr. 6, *de adm. rer. ad civ. pert.*, L. 8.

[2] ULPIANUS, fr. 8, § 3, *de precario*, DLIII, 26; fr. 1, § 1, *si mensor.*, XI, 6.

[3] Il citato fr. 23, *de reg. iur.*, L. 17, compendia i diversi casi e li dispone secondo il grado di responsabilità. Il tenore e l' oggetto proprio a ciascun rapporto obbligatorio determinano se la diligenza che deve usare il debitore debba manifestarsi in una direzione speciale, massime quando egli debba preservare una cosa da perdita o da deterioramento (*diligentia in custodiendo*); § 2. Inst. *quiq. mod. re contrah. obl.*, III, 14; ULPIANUS, fr. 10, § 1. *commod.*, XIII., 6; fr. 52, § 3, *pro socio*, XXII, 2.

[4] Vedi il vol. I, § 31.

[5] ULPIANUS, fr. 10, *de compens.*, XVI, 2. Perciò colui, che con una sua colpa ha arrecato un danno, può vedere estinto il suo obbligo di risarcirlo, qualora le conseguenze sieno state prodotte indirettamente dalla colpa del danneggiato. PAULUS, fr. 45, § 1, *de act. empt.*, XIX, 1; ULPIANUS, fr. 22, § 4, *de pign. act.*, XIII, 7; POMPONIUS, fr. 202, *de reg. iur.* L. 17: *Quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire.*

CAPO V.

Della successione nelle obbligazioni.

§ 120.

Principii generali.

La natura dell' obbligazione non ne impedisce la trasmissione all' erede, il quale succedendo *in universum ius defuncti*, subentra in tutti i diritti patrimoniali, tanto reali che personali, e quindi anche nei crediti e nei debiti del medesimo. Non si può dire altrettanto della successione singolare, poichè, consistendo l' obbligazione in un vincolo giuridico fra due persone determinate, essa non può trasferirsi ad altra persona, senza che sia distrutta la primitiva obbligazione e sostituita da una nuova, al che il consenso d' ambedue le parti sarebbe indispensabile (§ 125) [1]. Ma siccome i diritti di obbligazione, o crediti, fanno parte del nostro patrimonio ed hanno un certo valore di cambio, al pari dei diritti reali, sì che il creditore non potrebbe talvolta trarre profitto dal suo diritto se non commutandolo con altri vantaggi, così nacque il bisogno di cedere il valore di una obbligazione anche senza il concorso del debitore. A tale scopo i Romani trovarono l' espediente che il creditore trasmettesse ad altra persona il diritto di esercizio, vale a dire la incaricasse di esigere il credito come un mandatario. Tale trasmissione del diritto di esercizio dicesi cessione del credito.

---

[1] KUNTZE, *Obligation und Singularsuccession*, Leipzig 1886; COVIELLO N., *Della successione nei debiti*, nell' *Archivio giur.*, LVI, LVII; GAUDEMENT, *Étude sur le trasport de dettes à titre particulier*, Paris 1898, e su di lui COVIELLO N., in *Archivio giur.*, LXII (nuova serie, III), 180.

§ 121.

Della cessione dei crediti.

Nozione ed origine storica della cessione. — In principio, e precisamente nel periodo delle *legis actiones*, il trasferimento di una obbligazione si faceva mediante un contratto verbale in cui il debitore *iussu creditoris* prometteva al nuovo creditore ciò che doveva all'antico [2]. Ma tale cessione era subordinata alla volontà favorevole del debitore il quale poteva rifiutarsi: inoltre subentrando all'antica una nuova obbligazione avente il medesimo obbietto il cessionario non aveva le medesime azioni ed eccezioni del cedente, nè uguali garanzie. A questi inconvenienti si rimediò ben presto. La commerciabilità dei crediti senza il concorso del debitore fu resa possibile ai Romani coll'introduzione della procedura formulare in cui il nuovo creditore poteva intentare le stesse azioni del primo cedutegli mediante l'istituto della rappresentanza processuale. Questa trasmissione del diritto di esercizio dicesi appunto cessione del credito nella rappresentanza processuale. Infatti in questo periodo, non era più necessario comparire in persona davanti al magistrato e al giudice, ma le parti potevano farsi rappresentare da un procuratore il quale esercitando i loro diritti agiva come un mandatario. La *intentio* della formula portava bensì il nome del creditore, ma la *condemnatio* era concepita in nome del procuratore [3].

---

[1] SCHMIED, *Die Grundlehren der Cession nach röm. Recht*, 2 vol., Braunsweig 1863-1866; SALEILLES, *La cession des dettes*, Paris 1890.

[2] GAI. II, 38: *Sed opus et ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri: quae dicitur novatio obligationis.*

[3] GAI., IV, 86: « *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit: nam si verbi gratia* LUCIUS TITIUS *pro* PUBLIO MAEVIO *agat, ita formula concipitur:* SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM PUBLIO MAEVIO SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM LUCIO TITIO SESTERTIUM DECEM MILIA CONDEMNA.

Contestata la lite, il procuratore diveniva il *dominus litis* e a lui competeva l'*actio iudicati* per chiedere la esecuzione della sentenza.

Tale istituto della rappresentazione processuale fu quindi l'espediente adoperato dai Romani per rendere libero il commercio dei crediti: bastava all'uopo che il creditore costituisse suo procuratore colui al quale voleva cedere i suoi diritti, rinunciando ai rimedi che avrebbe avuto per legge contro un procuratore ordinario, affine di paralizzarne il *dominium litis*. Così sorse l'idea di un procuratore a proprio vantaggio, *procurator in rem suam*, che senza pregiudicare la libertà individuale del debitore, doveva conciliare mirabilmente il bisogno della libera commerciabilità dei crediti colla impossibilità, inerente alla natura stessa dell'obbligazione, di succedere a titolo singolare nel vincolo obbligatorio di un'altra persona. Da ciò apparisce come la cessione si riducesse a un semplice mandato e il cessionario non fosse un successore, ma un semplice procuratore altrui a vantaggio proprio.

Nondimeno la cessione in questa forma aveva pur sempre un carattere di precarietà pel cessionario. La sua posizione non diveniva propriamente sicura che colla contestazione della lite poichè, come dicemmo, solo allora egli diveniva *dominus litis*. Fino a quel momento il suo diritto poteva correre pericolo, o perchè il mandato spirasse o si estinguesse per la morte di una delle parti, o perchè il mandante esigesse egli stesso il credito come ne aveva il diritto, ed escludesse così il cessionario. Per impedire quest'ultimo sconcio che il debitore pagasse al mandante si accordò durante il diritto imperiale al cessionario il rimedio della denunciazione [1], che consisteva nel diritto di notificare al debitore l'avvenuta cessione, il cui effetto era di togliere al debitore da questo momento in poi la facoltà di pagare nelle mani

[1] Const. 3. *de novat. et deleg.*, VIII, 42 [41]: *Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non retaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.*

del cedente, dovendo pagare invece nelle mani del cessionario; e perchè poi il mandato non si estinguesse per morte del cedente o del cessionario, si introdussero appositi azioni utili, in virtù delle quali si poteva agire contro il debitore ceduto come se il mandato non fosse spirato [1]. Le *actiones utiles* vennero in seguito accordate anche per quei casi, nei quali il mandato non fosse stato peranco conferito, ma avesse il creditore obbligo di conferirlo [1]; e finalmente furono ammessi casi, nei quali taluno aveva l'*actio mandati utilis* in virtù di disposizione immediata di legge, senza che fra lui e il creditore esistesse un precedente contratto da obbligare quest'ultimo ad impartire il mandato. In questi casi è la legge stessa che produce la cessione dell'azione; di qui il nome *cessio legis.*

Da tutto ciò si rivela essere la cessione il diritto, che taluno deriva da un atto giuridico o dalla legge, di chiedere il pavamento di un credito altrui in vantaggio proprio. Chi ha questo diritto chiamasi *cessionario,* il creditore primitivo chiamasi *cedente,* e il debitore, che è obbligato di pagare al cessionario chiamasi *debitore ceduto.*

Di fronte al debitore ceduto il cessionario non è il successore del cedente, che faccia valere un credito proprio; ma è un mandatario che esige un credito altrui: e d'altronde, ritenendo esso per sè quello che esige, non è procuratore ordinario, ma un *procurator in rem propriam.*

Quali crediti si possono cedere. — Per regola generale possono cedersi tutti i crediti; tanto quelli derivanti da contratto

---

[1] Morendo il mandante (cedente), il procuratore (cessionario) agirà coll'*actio utilis* come se il mandato non fosse estinto; e morendo il cessionario l'*actio utilis* spetterà ai suoi eredi (Const. 1, *de obl. et act.*, IV, 10; Const. 33, *de donat.*, VIII, 54).

[2] Il primo caso di tal genere fu quello della vendita di un'eredità. Al compratore di un'eredità fu accordata l'*actio utilis* contro il possessore degli oggetti ereditari, come se il venditore gli avesse conferito il *mandatum agendi*: Ulpianus, fr. 16, pr. *de pact.*, II, 14. Questo principio, introdotto da Antonino Pio, fu esteso al caso di vendita di un credito (Const. 2, *de obl. et act.*, IV, 10) e in seguito anche al caso di donazione e di legato (Const. 5, IV, 15, e Const. 18, VI, 37).

come quelli derivanti da delitto; le obbligazioni naturali non meno delle civili; le obbligazioni presenti e quelle future; le obbligazioni pure e semplici come quelle soggette a condizione o a termine; le determinate e le indeterminate. Nondimeno questa regola patisce alcune eccezioni. Così s'intende da sè che non possono essere cedute le obbligazioni, che non formano parte del nostro patrimonio [1], nè quelle che sono inseparabili dalla persona [2]. Altre limitazioni hanno un carattere speciale e positivo, furono introdotte segnatamente ad impedire che per via di cessioni si potesse peggiorare la condizione del debitore. Così è vietata la *cessio ad potentiorem*, cioè a persona, la quale, pel suo potere, per la sua posizione sociale, potrebbe riuscire più infesta al debitore ceduto [3]. Per simile ragione, di regola è vietata la cessione di azioni litigiose [4]. Finalmente è proibito ai tutori e ai curatori di accettare le cessioni di azioni esperibili contro le persone sottoposte al loro potere [5].

Effetti della cessione. Nei rapporti fra cedente e cessionario la cessione fa sì che il cessionario acquisti il diritto di esercitare la ragione di credito nello stesso modo come avrebbe potuto esercitarla il cedente. Da parte sua il cedente è tenuto a far tutto ciò che sia in suo potere onde il cessionario possa utilmente esercitare il diritto cedutogli, e, nel caso di cessione a titolo oneroso, deve inoltre garantirgli la esistenza del credito [6]. Come è naturale, il cedente deve render conto al ces-

---

[1] Sotto questo aspetto non sono cedibili nè le azioni popolari nè quelle spiranti vendetta, perchè prima della contestazione della lite non sono *in bonis nostris* (PAULUS, fr. 7, § 1, *de popul act.*, XLVII, 23; ULPIANUS, fr. 12 pr. *de verb. sign.*, L, 16; fr. 28, *de iniuriis*, XLVII 10) e dopo la contestazione della lite sono litigiose.

[2] Per es., quelle che nascono da un legato di alimenti. ULPIANUS, fr. 10, *de usus et hab.*, VII, 8; fr. 8, *de transact.*, II, 15.

[3] Const. 3, *ne liceat potent.*, II, 15.

[4] Const. 2-4, *de lit.*, VIII, 37 [36].

[5] Nov. 72, cap. 5.

[6] PAULUS, fr. 5, *de hered. vel. act. vend.*, XVIII, 4; Cod. civ., art. 1542. Il cedente non è obbligato a garantire anche la solvenza del debitore,

sionario di tutto ciò che egli avesse ricevuto dal debitore ceduto a titolo di pagamento o di compensazione [1].

Nei rapporti fra cessionario e debitore ceduto vale la regola che la cessione non stabilisce fra loro nessun rapporto diretto, e si considera come non avvenuta sino a che non sia stata notificata al debitore medesimo. Per conseguenza prima della *denuntiatio*, il cedente ha diritto di esigere, e il debitore può fargli il pagamento [2]: ma dopo nascono nuovi rapporti fra il cessionario e il debitore, in forza dei quali il cedente rimane spogliato della sua ragione di credito e non può trasmetterla più oltre, il debitore che pagasse a lui non conseguirebbe più la liberazione [3].

S'intende da sè che, essendo il cessionario un semplice procuratore altrui per vantaggio proprio, la cessione non può trasferire in lui se non quei diritti che spettano al cedente. Di qui deriva che il debitore ceduto ha la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente, semprechè i fatti, sui quali si fondano, sieno avvenuti prima della notifica della cessione [4]. Per converso tutti i beneficii di legge che avrebbe avuto il cedente, spettano anche al

---

salvochè non ne abbia assunto l'obbligo, o non fosse in dolo. ULPIANUS, fr. 4 e PAULUS, fr. 5, *de ered. vel act. vend.*, XVIII, 1; fr. 30, *de pignor.*, XX, 7; Cod. civ., art. 1543.

[1] HERMOGENIANUS, fr. 23, § 1, *de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4.

[2] Const. 4, *quae res pign.*, VIII, 17, [16]; Const. 3, *mandati*, IV, 35; Const. 3, *de novat.*, VIII, 42 [41].

[3] Const. 4, *quae res pign.*, VIII, 17 [16]; Const. 3, *de nov. et del.*, VIII, 42 [41]. Almeno secondo il diritto giustinianeo non si richiede una forma speciale di notificazione. Si disputa se la notificazione fatta al debitore dal *cedente* abbia uguale effetto che la denunzia fattagli dal *cessionario*. Alcuni autori stanno per la negativa, in appoggio specialmente alla Const. 3, Cod. VIII, 17; altri, invece, stanno per l'affermativa; e questa opinione, la quale trova un argomento d'appoggio in PAPINIANUS, fr. 17, *trans.*, II, 15 e in ULPIANUS, fr. 28, *de procurat.*, III, 3, e appunto quella che prevale nelle moderne legislazioni (Codice austriaco, art. 1395-1396; Cod. civ. italiano, art. 1540).

[4] PAPINIANUS, fr. 17, *de transact.*, II, 15; POMPONIUS, fr. 70, § 2, *ad Sc. Vell.*, XXXVI, 1; PAULUS, fr. 175, § 1; e fr. 177, *de reg. iur.*, L. 17.

cessionario: ma egli non può prevalersi dei beneficii legali inerenti alla propria persona ed alterare così in suo favore il contenuto e la estensione della obbligazione [1].

Limitazione degli effetti della cessione. — Sotto gli imperatori il traffico delle obbligazioni s'era fatto un mestiere assai lucroso ed era degenerato in abuso. Per impedire che uomini avidi di guadagno speculassero sulla compera dei crediti ottenendoli a vil prezzo, e per proteggere i debitori dalle vessazioni degli impresari di liti *(redemptores litium)* l'imperatore Anastasio ordinò che, quando veniva comprato un credito, il cessionario non potesse esigere dal debitore ceduto una somma maggiore di quella che egli aveva dato al cedente [2]. In forza di tale disposizione, il debitore convenuto dal compratore di un credito pel pagamento di una somma maggiore di quella da lui sborsata al cedente poteva difendersi coll'eccezione della Legge Anastasiana, e ridurre così la domanda del cessionario al prezzo effettivamente pagato [3]. Se nasce dubbio intorno al vero ammontare del prezzo della cessione, l'onere della prova spetta al cessionario. La legge Anastasiana non si applica alle cessioni fatte in pagamento di un debito; a quelle fatte tra coeredi o condomini allo scopo di dividere un patrimonio comune, nè a quelle compiute a favore del possessore di un pegno che soddisfa il creditore [4]; del pari, per la natura stessa delle cose, non si applica ai crediti destinati per lor natura a divenire oggetto di scambi (ad esempio: titoli al portatore, titoli all'ordine, crediti cambiari, rendite pubbliche, ecc.); nè ai crediti aleatorii diretti dal bel principio ad un oggetto incerto.

---

[1] Si fa eccezione per il fisco. ULPIANUS, fr. 5, pr. *de iure fisci*, XLIV, 14.

[2] Const. 22, *mandati*, IV, 35.

[3] Const. 22 e 23, *mandati*, VI, 35 (quest'ultima Costituzione è di Giustiniano e completa la precedente di Anastasio). Il Cod. civ. ital. limita l'applicazione della Legge Anastasiana al caso di cessione di diritti litigiosi (art. 1545 e 1546).

[4] Const. 22 e 23, *mandati*, VI, 35; Cod. civ., art. 1548.

CAPO VI.

Dell' estinzione delle obbligazioni.

§ 122.

Principi generali.

Le obbligazioni si estinguono per qualunque fatto giuridico ritenuto valido a far cessare il rapporto obbligatorio. I modi di estinzione in diritto romano sono molteplici e di efficacia diversa [1]. Si sogliono distinguere comunemente avuto riguardo e ai loro caratteri intrinseci e ai loro effetti. Rispetto ai primi si dividono in modi d' estinzione volontari in cui il vincolo obbligatorio cessa per volontà di ambo le parti o di una di esse come, ad es., nel pagamento e nella novazione: rispetto ai secondi in estinzione *ipso iure* o direttamente, e *ope exceptionis* o indirettamente. L' obbligazione si estingue direttamente quando cessa insieme coll' avverarsi della causa estintiva: un credito pecuniario, ad esempio, cessa immediatamente col fatto del pagamento: si estinguono invece indirettamente, quando, anzichè per via d' un semplice avvenimento, cessa perchè spetti al debitore il diritto di difendersi mediante eccezione contro l' azione del creditore: così per esempio, se il creditore lascia trascorrere trent' anni senza far valere il suo credito e poi agisce, il debitore può respingere la sua azione colla *praescriptio temporis*.

Le principali cause che estinguono direttamente *(ipso iure)* le obbligazioni sono: il pagamento *(solutio)*, la novazione, la confusione, l' impossibilità della prestazione, l' accettilazione, il consenso contrario, il concorso di due cause lucrative, la rinuncia, il deposito e l' abbandono della cosa. Quelle che estin-

[1] Inst. III, 30. L' elenco datone da Giustiniano è però incompleto.

guono la obbligazione indirettamente *(ope exceptionis)* sono: la compensazione, il patto di non chiedere e la prescrizione estintiva dell'azione.

Siffatta distinzione aveva importanza grandissima nel periodo della procedura formulare, imperciocchè quei fatti, che davano luogo alle eccezioni, dovevano essere inseriti come tali nella formula, perchè il giudice potesse assolvere il debitore; laddove codesta inserzione non era necessaria per qui fatti che estinguevano l'obbligazione *ipso iure* [1]. Nel diritto nuovissimo la differenza fra le due specie di cause che fanno cessare l'obbligazione s'è ridotta ai seguenti due punti: *a*) quelle che estinguono *ipso iure* operano per chiunque e contro chiunque vi abbia interesse; quelle invece che hanno efficacia *ope exceptionis* non possono essere opposte da tutte e a tutte le persone interessate: così il patto *de non petendo in personam* non può essere opposto nè dagli eredi del debitore, nè dai fideiussori, nè dai debitori correali; *b*) quando si verifica una causa di estinzione *ipso iure*, l'obbligazione è estinta definitivamente e irrevocabilmente: invece, verificandosi un'estinzione *ope exceptionis*, può darsi che un fatto posteriore ponga fine all'*ius exceptionis*, ed allora l'obbligazione riacquista efficacia: così, per esempio, se un *filius-familias* ha ricevuto del danaro a mutuo, può opporre alla domanda del creditore l'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* per la quale l'obbligazione rimane estinta *ope exceptionis*; ma se, divenuto *sui iuris*, ratifica il contratto, sparirà l'*exceptio* e il creditore potrà efficacemente intentare la sua azione.

Premesse queste nozioni generali passiamo ai singoli modi di estinzione.

§ 123.

Del pagamento.

NOZIONI E REQUISITI. — Il pagamento *(solutio)* è un modo volontario di estinzione di una obbligazione mediante la prestazione esatta di quanto è dovuto, *praestatio rei debitae* fatta

[1] GAI., IV, 115, 119.

nel modo debito [1]. Il pagamento per essere valido ed efficace suppone le seguenti condizioni:

1° Che sia fatto ó al creditore capace di riceverlo [2] o ai suoi legittimi rappresentanti [3]; o al *solutionis causa adiectus*, cioè a colui, che, al momento in cui fu contratta l'obbligazione, fu indicato al debitore come abile a ricevere il pagamento [4].

2° Che sia fatto da una persona che abbia la capacità di eseguire la prestazione, oggetto del pagamento. Data questa capacità, il pagamento può farsi validamente anche da un terzo, sia col consenso, sia ad insaputa del debitore, perfino contro la sua volontà [5].

---

[1] Ulpianus, fr. 176, *de verb. signif.*, L, 16: *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit:* Gaius, III, 168: *Tollitur obligatio praecipue solutione eius quod debeatur.*

[2] Se il creditore fosse incapace di ricevere il pagamento, questo dovrebbe farsi al suo rappresentante.

[3] I rappresentanti sono *legali* (per esempio i tutori, i curatori, gli amministratori) o *convenzionali* (per esempio il mandatario). Il pagamento fatto al mandatario è valido se questi sia procuratore generale od abbia un mandato speciale che lo abiliti a ricevere il pagamento. Ulpianus, fr. 12, pr., § 4 e Paulus, fr. 86, pr. *de solut.*, XLVI, 3.

[4] Paulus fr. 10; Ulpianus, fr. 11, §§ 2 e 3; Africanus, fr. 38, pr., Paulus, fr. 59; Celsus, fr. 71, pr.; Papinianus, fr. 95, § 6 e Gaius, fr. 106, *de solut.*, XLVI, 3; Julianus, fr. 56, § 2 e Gaius, fr. 141, § 2, *de verb. obl.*, XLV, 1. In alcuni casi il pagamento può estinguere indirettamente l'obbligazione, sebbene siasi fatto a chi non era nè creditore, nè legittimo rappresentante. Ciò avviene: quando chi ricevette il pagamento divenga in appresso creditore egli stesso (Papinianus, fr. 96, § 4, *h. t.*, XLVI, 3); quando egli restituisca al creditore la cosa ricevuta in pagamento (Paulus, fr. 28, *h. t.*, XLVI, 3); quando egli divenga erede del creditore (Ulpianus, fr. 11, § 5, *de pign. act.*, XIII, 7); ed infine, in un caso speciale, quando il subconduttore, invece di fare il pagamento al sublocatore, lo faccia al locatore (Ulpianus, fr. 11, § 5, *de pign. act.*, XIII, 7).

[5] Pomponius, fr. 23 e Marcianus, fr. 40, *de solut.*, XLVI, 3; Gaius, fr. 39, *de negot gest.*, III, 5; Cod. civ., art. 1238. Chi ha pagato col consenso del debitore ha l'*actio mandati*; chi ha pagato all'insaputa del medesimo ha l'*actio negotiorum gestorum contraria*. La regola che il pagamento estingue l'obbligazione, sebbene sia fatto da persona diversa dal debitore, soffre un'eccezione quando dalla natura stessa della prestazione o da altre

3° Che si paghi precisamente ciò che forma oggetto della obbligazione e lo si paghi tutto in una volta, perchè il creditore non può essere costretto ad accettare una prestazione diversa da quella che gli è dovuta, nè un pagamento incompleto e parziale [1].

4° Che sia fatto nel luogo e nel tempo debito [2].

Effetti del pagamento. — Il pagamento fatto debitamente estingue di pien diritto la obbligazione con tutti i suoi accessorii, in specie le ipoteche e le fideiussioni inerenti al debito [3]. Che se il debitore ha più debiti verso uno stesso creditore, e la somma pagata non è sufficiente a soddisfarli tutti, in tal caso sono da applicarsi le regole seguenti:

1° Il pagamento si imputa nel debito dichiarato dal debitore, semprechè questa dichiarazione venga fatta nell' atto del pagamento [4].

2° Se il debitore paga senza quella dichiarazione, il diritto di elezione passa al creditore, purchè lo eserciti allorchè riceve il pagamento [5].

3° Mancando ogni dichiarazione, si deve guardare alla natura del debito. O il dubbio verte tra il capitale e gli interessi arretrati, e questi s' intendono pagati prima del capitale [6]; o verte fra più debiti di capitale, e s'intende che il pagamento

---

cause emerga che deve essere eseguito personalmente, come, ad esempio, nel caso che l' adempimento dell' obbligazione richiegga un' abilità speciale. ULPIANUS, fr. 31, *de solut.*, XLVI, 3; Cod. civ., articolo 1239.

[1] Vedi più sopra, § 115.

[2] Vedi più sopra, §§ 114, 116 e 117.

[3] ULPIANUS, fr. 13, *de solut.* XLVI. 3; pr. Inst., *quib. mod. toll. obl.* III, 29 [30]; Cod. civ., art. 1236.

[4] ULPIANUS, fr. 1 e PAULUS, fr. 101, § 1, *de solut.*, XLVI, 3; Const. 1, *de solut.*, VIII, 43 [42]; Cod. civ., art. 1255.

[5] ULPIANUS, fr. 1; FLORENTINUS, fr. 2; ULPIANUS, fr. 3, *de solut.*, XLVI. 3. Il creditore però non può giovarsi del diritto di elezione per estinguere un debito ancora controverso, o non ancora scaduto, o un semplice debito di fideiussione. ULPIANUS, fr. 9, *de solut*, XLVI, 3.

[6] ULPIANUS, fr. 5, §§ 2 e 3; PAULUS, fr. 6 e MARCELLUS, fr. 48, *de solut.*, XLVI, 3; Const. 1, *de solut.*, VIII. 43 [42]; Cod. civ., art. 1256.

si riferisca a debiti liquidi e scaduti [1]. Fra questi ultimi s'intendono pagati prima quelli, intorno ai quali siasi convenuto che debbano essere soddisfatti in precedenza degli altri [2]; vengono poi i debiti più onerosi [3], e fra i debiti egualmente onerosi i più antichi [4], e da ultimo, se sono contemporanei, s'intende che il debitore abbia pagato una quota proporzionale di ciascuno [5]. — Le regole ora esposte valgono pei pagamenti fatti dal debitore. Dato però che il creditore si paghi da sè, colla vendita del pegno, ad esempio, può imputare il pagamento a quel debito che vuole [6].

Prova del pagamento [7]. — Il pagamento non si presume; il fatto del pagamento deve essere provato da chi asserisce di averlo eseguito [8]. Per procurarsi un mezzo di prova, il debitore può rifiutare il pagamento se non gli viene rilasciata una ricevuta *(apocha)* [9], ma questa non fa di regola piena prova che dopo trenta giorni [10]. Nel pagamento dei pubblici tributi il

---

[1] Ulpianus, fr. 3, § 1 e Marcianus, fr. 103, *de solut.*, XLVI, 3; Cod. civ., art. 1158.

[2] Scaevola, fr. 89, § 2, *de solut.*, XLVI, 3.

[3] Pomponius. fr. 4; Ulpianus, fr. 5, pr.; Papinianus, fr. 94, § 3 e fr. 97, *de solut.*, XLVI, 3.

[4] Ulpianus, fr. 5, pr.; fr. 24; Papinianus, fr. 97 e Scaevola, fr. 102, § 2, *de salut.*, XLVI, 3; Cod. civ., art. 1258.

[5] Paulus, fr. 8, *de solut.*, XLVI 3.

[6] Così, per esempio, il creditore può considerare come estinto un debito naturale prima degli altri. Paulus. fr. 101, § 1, *de solut.*, XLVI, 3. Gli stessi principii valgono pel Cod. civ., art. 1259 e seg.

[7] Cfr. Frese. *Die Lehre v. d. Quittung (Zeitschr. Sav.-Stift.*, XXIII, 241); Erman. *Die pompeianischen Wachstafeln (Zeit. Sav.-St.*, XX, 172); Erman, *Zur Geschichte d. röm Quittungen u. Solutionsakte*, Berlin 1883.

[8] Celsus. fr. 12; Ulpianus. fr. 22 e Paulus, fr. 25, *de prob.*, XXII, 3; Cod. civ., art. 1312.

[9] Paulus, fr. 22, *de usur.*, XXII, 1; Const. 18, *de test.*, IV. 20; Const. 19, *de fide inst.*, VI, 21.

[10] Const. 14, §§ 1 e 2, *de non num. pec.*, VI, 30. Da questa regola sono eccettuate le ricevute rilasciate da un amministratore di una cassa pubblica (Const. 14, § 1 *de non num. pec.*, IV. 30 e Const. 5 [4], *de apoch. publ.*, X, 22), e le ricevute pubbliche che attestano essersi fatto il pagamento anteriore in un momento determinato.

provare, mediante le ricevute, d'averlo fatto per tre anni consecutivi fa presumere siansi pagate anche le imposte precedenti [1]. Il pagamento (o, almeno, la remissione del debito) si presume ancora quando il chirografo di debito è stato restituito al debitore [2] e quando è stato cancellato o stralciato [3].

Del deposito. Se il credito ha per oggetto una somma di denaro od altra cosa mobile, e il creditore rifiuta indebitamente di accettare l'offerta reale della cosa, il debitore può liberarsi dal debito consegnando la somma o la cosa in un pubblico deposito o nel luogo designato dal giudice [4].

§ 124.

Della compensazione [5].

La compensazione è uno dei modi di estinzione *ope exceptionis* e consiste nel pareggio del mutuo credito e debito che esiste fra le stesse persone, o l'imputazione reciproca di ciò che una parte deve all'altra [6]. Questa compensazione può sem-

---

[1] Const. 3, *de apoch. publ.*, X, 22.

[2] PAULUS, fr. 2, § 1, *de pact.*, II, 14; Const. 14 e 15, *de solut.*, VIII, 43 [42].

[3] MODESTINUS, fr. 24, *de probat.*, XXII, 3.

[4] PAPINIANUS, fr. 1, § 3 e fr. 7, *de usur.*, XXII, 1; MARCELLUS, fr. 28, § 1, *de admin. tut.*, XXVI, 7; Const. 2, 6 e 19, *de usur.*, IV, 32; Cod. civ., art. 1259.

[5] APPLETON, *Histoire de la compensation*, Paris 1895; SACCHI, voce *Compensazione*, nel *Digesto Italiano*, e *La dispar causa nella compensazione e il § 3, tit. 5, lib. 2, delle Sententiae di Paolo*, nell'*Archivio giur.*, LVI, 154-157; SACERDOTI, *Compensazione delle obbligazioni specialmente in materia mercantile*, nell'*Archivio giur.*, XVI, 383-423; GLÜCK-TRINCHERI, *Pand.*, lib. XVI, pag. 93 e seg.; LONGO, Appendice al tit. *De compensatione* nella traduzione del Comm. del GLUCK; SOLAZZI, in *Studi per Fadda*, I.

[6] MODESTINUS, fr. 1, *de compens.*, XVI, 2: « *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* » cfr. Cod. civ., art. 1285). Dal confronto di questa nozione coll'art. 1285 del Cod. civ., il SACCHI (*loc. cit.*) trae argomento per proporre una nuova teoria della compensazione nel diritto odierno facendola

pre farsi, se le parti sono d'accordo (compensazione convenzionale), ma può avvenire anche contro la volontà del creditore, imperciocchè il debitore, e creditore ad un tempo, citato pel pagamento può imputare nel credito avversario il proprio (compensazione giudiziale), perfino nel caso che i rispettivi crediti derivino da cause diverse [1]. Perchè il debitore possa valersi della compensazione, si richiede:

1° Che i due crediti esistano fra le stesse persone, ovvero che ciascuna sia nello stesso tempo debitrice e creditrice dell'altra [2].

2° Che i due crediti sieno validi [3].

3° Che abbiano per oggetto cose fungibili della medesima specie [4]: non è però necessario che i due crediti ammontino alla medesima somma, potendo benissimo una quan-

consistere in una doppia confusione, portante l'estinzione totale del debito e del credito da una parte e totale del debito ma parziale del credito dall'altra. Altre confusioni, ma diverse da quella prevista nell'art. 1296 Cod. civ. (p. es., quelle dell'art. 515, 664, 2029 n. 1 e 3, Cod. civile) potrebbero contrapporsi alla compensazione del nostro Codice. Secondo quest'opinione, la compensazione attuale avrebbe una diversità funzionale in confronto della romana, ma la fisonomia giuridica ne sarebbe sempre la stessa.

[1] § 30, Inst., *de action.*, IV, 6; ULPIANUS, fr. 10, §§ 2 e 3, *de compens.*, XVI, 2. Nel diritto antico la compensazione non era ammessa che quando i crediti derivavano *ex eadem causa*: GAI., IV, 61 e 69.

[2] PAPINIANUS, fr. 18, § 1 e PAULUS, fr. 23, *de compens.*, XVI, 2; Cod. civ., art. 1285. Così, per esempio, il debitore verso una cassa pubblica non può compensare il suo debito con un credito che avesse verso un'altra cassa (Const. 1, *de compens.*, IV, 31). Questo principio però soffre alcune eccezioni. L'erede può opporre ai creditori dell'eredità tanto i crediti ereditari quanto i proprii; il debitore ceduto può opporre al cessionario i crediti che ha verso il cedente; il fideiussore può opporre in compensazione i crediti del debitore principale (Codice civile, art. 1290).

[3] JAVOLENUS, fr. 14, *de compens.*, XVI, 2. Non è però necessario che sieno debiti civili, potendosi opporre in compensazione anche un credito naturale. ULPIANUS, fr. 6, *eod.*: *Etiam quod natura debetur venit in compensationem.*

[4] Non si potrebbe quindi compensare grano con vino o con denaro, o viceversa. Vedi civ., art. 1287.

tità minore compensarne una maggiore fino alla debita concorrenza [1].

4° Che i due crediti siano scaduti [2]. Non è poi necessario che il credito, che si oppone in compensazione, sia pienamente provato dal bel principio; ma se la prova del medesimo è così avviluppata dal richiedere lunghi atti di procedura, il giudice pronuncia sulla domanda principale e riserva al debitore il diritto di far valere in altro giudizio il credito opposto in compensazione [3].

Ove concorrano le suesposte condizioni, il debitore convenuto pel pagamento del debito ha la facoltà di servirsi dell'eccezione di compensazione. In virtù di essa i due debiti si reputano estinti sino a concorrenza del rispettivo ammontare dal momento in cui cominciarono a coesistere, cosicchè da questo cessa la decorrenza degli interessi e rimangono estinte anche le obbligazioni accessorie. Ed è appunto in relazione a questo effetto retroattivo che voglionsi intendere le fonti quando dicono che la compensazione si fa di diritto [4].

La compensazione non ha luogo contro le domande di restituzione di un deposito [5] e contro le domande di restituzione

---

[1] § 39, Inst., *de action*, IV. 6, *de compens.*, IV, 31.

[2] ULPIANUS, fr. 7, pr. *de compens.*, XVI, 2: *Quod in diem debetur, non compensabitur, ante quam dies venit, quamquam dari oporteat.* Vedi anche l'APINIANUS, fr. 16, § 1, *cod.* A maggiore ragione non si può opporre in compensazione un credito soggetto a condizione.

[3] In questo senso devesi intendere la Const. 14, § 1, *de compens.*, IV, 31, combinato col § 30, Inst., *de act.*, IV, 6 e non già nel senso che il credito opposto in compensazione sia incontestato.

[4] « *Ipso iure compensatio fit* »; « *ipso iure compensatur* »; *ipso iure eo minus debet, quod ex compensatione retinere potest* ». PAULUS, fr. 4; fr. 10, pr. e fr. 21, *de compens.*, XVI, 2; Const. 4 e 14, pr. *de compens.*, IV, 31; § 30, Inst., *de action*, IV, 6. Non è già che la compensazione operi di pieno diritto, cioè *sine facto hominis*, senza l'opera del convenuto, dacchè se questi non la invoca, il giudice non ne può tenere conto; ma essa si verifica di pien diritto, di guisa che il debitore, il quale oppone l'eccezione di compensazione, non fa che valersi di un diritto già acquisito. Vedi anche il Cod. civ., art. 1286.

[5] Const. 14, § 1, *de comp.*, IV, 31; Const. 11, pr. *depositi*, IV, 34; § 30, Inst., *de act.*, IV, 6; Cod. civ., art. 1289, n. 2.

di una cosa posseduta illegalmente per delitto, segnatamante per furto e violenza [1]; essa è pure esclusa riguardo a certi crediti del fisco e dei municipi [2].

§ 125.

Della novazione [3].

La novazione è l'estinzione di un'obbligazione mediante la trasfusione del contenuto di questa in un'altra [4].

I requisiti per la validità della novazione sono:

1° La esistenza di un vincolo obbligatorio valido, sia esso civile o sia naturale da estinguere [5].

2° Che sia posta in essere mediante un contratto formale che per il diritto antico era il contratto letterale e per quello giustinianeo la stipulazione.

3° L'*animus novandi*, l'intenzione cioè di sostituire alla precedente obbligazione una nuova [6].

4° L'*aliquid novi*, che cioè qualche cosa di nuovo contenga la obbligazione sostituita all'antica, che, ad esempio, sia sosti-

---

[1] Const. 14, § 2, *de comp.*, IV, 31; Cod. civ., art. 1289, n. 1.

[2] HERMOGENIANUS, fr. 46, § 5, *de iure fisci*, XLIX, 14; Const. 3 e 7, *de compens.*, IV, 31.

[3] SALKOWSKI, *Zur Lehre v. d. Novatio*, Leipzig, 1866; GIDE, *Étude sur la novation*, Paris 1879; FADDA, *Sulla dottrina della novazione*, Cagliari 1880; E. DE RUGGIERO, *Novatio legitime facta*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XI, 49-57.

[4] ULPIANUS, fr. 1, pr. *de novat.*, XLVI, 2: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione.*

[5] ULPIANUS, fr. 1, § 1, *de novat. et delegat.*, XLVI, 2.

[6] § 3, *Inst.*, III, 29; Const. 8, *de novat.*, VII, 42 [41]. La novazione non si presume, ma deve essere provata da chi pretende che l'antica obbligazione sia estinta; ma, purchè l'intenzione di effettuare la novazione risulti chiaramente dall'atto, non è necessario che sia manifestata in modo espresso e con solennità di forme. ULPIANUS, fr. 17, *de novat.*, XLVI, 2; Cod. civ., art. 1269. COSTA, *Animus novandi*, nella parte I, pag. 45-55 del *Volume in onore di Fr. Schupfer*.

tuito o il modo, o il termine, o l'oggetto [1], o il luogo del pagamento *(noratur inter easdem personas)*, o soggetti *(noratio inter novas personas)* sia cambiandosi il creditore, che il debitore. Quando al primo creditore un altro si sostituisce, è necessario che quello vi acconsenta, mentre la sostituzione di un nuovo debitore all'antico può avvenire all'insaputa di quest'ultimo, quando, ad es., un terzo si obbliga verso il creditore di pagare un debito altrui coll'intenzione di liberare il debitore. Si ha in tal caso l'*expromissio* [2]. Talvolta avviene che il debitore assegni al creditore un altro debitore, il quale si obbliga verso il creditore; quest'atto, che si conosce sotto il nome di *delegatio* [3], produce novazione quando il creditore dichiari la sua volontà di liberare il primo debitore [4].

La novazione validamente conchiusa, creando una nuova obbligazione, estingue *ipso iure* la precedente con tutti gli accessori [5].

---

[1] GAIUS, III, 177: *Forte si condicio aut dies aut sponsor adiiciatur aut detrahatur;* § 3, *Inst.*, III, 29.

[2] ULPIANUS, fr. 8, § 5, *de novat.*, XLVI, 2; Cod. civ., art. 1270.

[3] Vedi ROB. DE RUGGIERO. *La delegazione in diritto romano*, nell'*Archivio giur.* LXIII (nuova serie, IV), fasc. 2 e 3. Questi, separando la *delegatio* pura, in cui l'oggetto della promessa è materialmente fissato nella *stipulatio*, dalla titolata, in cui l'oggetto è determinato dai precedenti rapporti tra le parti, distingue in quest'ultima la *delegatio* con successione passiva, ove si ha sostituzione di un debitore all'altro, da quella con successione attiva, ove si ha costituzione di creditori. Dimostra come la delegazione potesse servire a compiere, senza movimento di valuta e col solo intervento di una nuova persona, un pagamento di debito, una donazione, un mutuo; e come essa rappresenti presso i Romani il mezzo per operare la successione a titolo particolare nei crediti e nei debiti. E, limitando il principio della inopponibilità delle eccezioni e della estinzione delle *accessiones*, dimostra come le azioni nascenti dalla *delegatio* sieno sempre delle *condictiones*.

[4] ULPIANUS, fr. 11, 11, pr. *de novat.*, XLVI, 2: *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit;* Const. 1 e 3, *de novat.*, VIII, 42 [41], Cod. civ., art. 1271. Lo stesso avviene nel caso che il creditore deleghi al debitore un altro creditore: anche qui può verificarsi una novazione, semprechè, s'intende, l'originario creditore liberi da parte sua il creditore.

[5] Per conseguenza purga la mora e fa disparire gli effetti del primo

§ 126.

Dell' accettilazione e del patto di non chiedere [1].

ACCEPTILATIO. — L' accettilazione era un atto giuridico solenne, mediante cui il debitore domandava con forme solenni al creditore se aveva ricevuto quanto gli aveva promesso, e il creditore rispondeva affermativamente [2]. In origine questo scambio di domanda e risposta corrispondeva ad un pagamento realmente seguìto, talchè l' *acceptilatio* era soltanto una forma verbale solenne di ricevuta. In seguito si ammise che avvenendo questo scambio di domanda e risposta l'obbligazione fosse senz' altro estinta anchè se il pagamento non era seguìto. Fu detta allora giustamente *imaginaria solutio* e giustamente indicata come un modo speciale di estinguere una obbligazione, e precisamente come un mezzo artificiale di rimettere i debiti in forma solenne [3]. L' accettilazione non era applicabile veramente che alle *obligationes verbis contractae*. ma codesta restrizione era più apparente che reale, perchè ogni obbligazione poteva mediante novazione venir tramutata in obbligazione verbale. Anzi appunto a tale scopo il giureconsulto Aquilio Gallo immaginò una formula generale, conosciuta sotto il nome di *stipulatio aquiliana*, per cambiare in obbligazione verbale tutti i

---

debito, quali l' ipoteca, il pegno e le cauzioni, PAULUS, fr. 18, *de novat.*, XLVI, 2: *Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.* Vedi pure JULIANUS, fr. 15, e PAPINIANUS, fr. 27, *eodem.* La novazione produce i suoi effetti anche pei condebitori correali, purchè, s'intende, questa sia l' intenzione delle parti. VENULEJUS, fr. 31, § 1, *de novat.*, XLVI, 2. Vedi più sopra, § 114.

[1] SCHEURL, *Erlassvertrag*, nei *Beiträge*, II, 16-28, Erlangen 1854.

[2] GAIUS, III, 169: *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est velut imaginaria solutio; quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, sic fieri ut patiaris haec verba me dicere:* QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? *et tu respondeas:* HABEO.

[3] GAI., III, 169; ULPIANUS, fr. 19, § 1, *de accept.*, XLVI, 4.

rapporti obbligatorii esistenti fra due parti ed applicarvi quindi l' accettilazione generale [1].

L' accettilazione operava *solutionis loco:* era cioè efficace quanto il pagamento; per cui estingueva di pieno diritto il debito con tutti gli accessori [2].

PACTUM DE NON PETENDO. — È quel patto per cui il creditore promette al debitore di non esigere il pagamento del debito. Il patto di non chiedere, a differenza dell' accettilazione, non estingue di pien diritto l' obbligazione, ma solo per via dell' *exceptio pacti conventi* concessa all' uopo dal pretore [3]. Tuttavia alcune obbligazioni si estinguono *ipso iure* col *pactum*, per esempio quelle nascenti dal furto e dall' ingiurie: tale efficacia del *pactum* derivava dal riconoscimento di esso nella legge delle XII Tavole.

Il patto di non chiedere ha un' efficacia più o meno estesa, secondochè è fatto soltanto per riguardo alla persona del creditore o del debitore *(pactum de non petendo in personam)* [4], nel qual caso può essere opposto solamente alla persona o dalla persona in considerazione della quale fu conchiuso [5]; od è fatto

---

[1] GAI., III, 170; § 2, Inst., *quib. mod. obl. toll.*, III, 29; FLORENTINUS, fr. 18, § 1, *eodem.*

[2] ULPIANUS, fr. 5 e 16, pr. *de accept.*, XLVI, 4; fr. 7, § 1, *de liber. legata*, XXXIV, 3; § 1, Inst., *quib. mod. toll.*, III, 29; GAI., III, 169. Liberava quindi il fideiussore se fatta col debitore principale e liberava il debitore principale se fatta col fideiussore (ULPIANUS, fr. 13, § 7, *de accept.*, XLVI, 4). Così pure se il creditore rimetteva per accettilazione il debito ad uno dei debitori correali, la remissione profittava a tutti e se uno dei creditori correali rimetteva il debito, questo era estinto anche di fronte agli altri concreditori (ULPIANUS, fr. 13, § 12, e fr. 16, *de accept.*, XLVI, 4). Vedi più sopra, § 114.

[3] § 3, Inst., *de except.*, IV, 13; PAULUS, fr. 37, § 2, *de pact.*, II, 14.

[4] « *Ne ego petam* »; « *A te solo non petam* »; « *Ad heredibus petam* ».

[5] Quando il patto di non chiedere è *in personam*, esso non ha effetto in confronto degli eredi e dei fideiussori. È difatti, quando il creditore ha contratto solamente per la sua persona, e non anche pei successori, il debitore non può opporre l' *exceptio pacti de non petendo* agli eredi (ULPIANUS, fr. 51, § 1, *de pactis*, II, 14); e quando il creditore ha promesso soltanto di non esigere il pagamento dal debitore senza rinunziare per alcun altro riguardo ai suoi diritti, gli altri condebitori correali, gli eredi ed i fideiussori

in termini generali, senza quella limitazione *(in rem)*, nel qual caso il patto può essere opposto (almeno come fondamento di un'*exceptio doli*) anche agli eredi del creditore e dagli eredi del debitore, dagli aventi causa e dai fideiussori [1]; e secondo le circostanze anche dai debitori correali [2]. La questione se il *pactum de non petendo* sia in un dato caso *in personam* o *in rem*, è questione d'interpretazione di volontà e quindi si risolve giusta il tenore della convenzione e l'intenzione delle parti.

§ 127.

Altri casi meno importanti di estinzione.

Oltre le cause di estinzione esposte nei paragrafi precedenti, meritano essere ricordate anche le seguenti:

1° *La confusione*, cioè la riunione nella medesima persona della qualità di creditore e di debitore [3].

2° *La impossibilità della prestazione* [4]. — Se la cosa, obbietto dell'obbligazione, perisce per un caso fortuito, e quella

---

del debitore non possono prevalersi del patto conchiuso esclusivamente in favore di quel determinato individuo. ULPIANUS, fr. 57, § 1, *de pactis*, II, 14.

[1] Se adunque il creditore si obbliga senz'altro a non esigere il pagamento (*ne petatur*) senza limitarsi alla persona di colui col quale conchiude questa convenzione, l'*exceptio pacti de non petendo* compete anche agli aventi causa del debitore, ai fideiussori ed ai soci. § 4, Inst., *de replicat.*, IV, 14: PAULUS, fr. 23; ULPIANUS, fr. 26 pr. e PAULUS, fr. 27, § 2, *de pactis*, II, 14.

[2] Vedi più sopra, § 114.

[3] Ciò avviene specialmente nel caso che il creditore divenga erede del debitore o viceversa: ULPIANUS, fr. 75; PAPINIANUS, fr. 95, § 2 e POMPONIUS, fr. 107, *de solut.*, XLVI, 3; Cod. civ., art. 1296-1297. Sulla confusione cfr. sopratutto: KRETSCHMAR, P., *Die Theorie der Confusion*, Leipzig 1899; CICU, *Estinzione di rapporti giuridici per confusione*, Sassari 1908.

[4] MOMMSEN Fr., *Die Unmöglichkeit der Leistung*, nei *Beiträge z. Obl. Recht.*, II; BARASSI nell'*Archivio giur.*, LXII, LXIII (nuova serie, III, IV).

cosa era un corpo certo individualmente determinato, cioè una *species*, e non un genere, il debitore è liberato dalla sua obbligazione, quando egli non fosse stato in mora o non fosse tenuto altrimenti alla prestazione del caso fortuito. Lo stesso dicasi se il debitore è nell' impossibilità assoluta, ed a lui non imputabile, di eseguire la prestazione [1].

3° *Concorso di due cause lucrative.* — Quando una persona ha diritto di esigere qualche cosa a titolo gratuito, il suo credito si estingue, se acquista la stessa cosa in forza di altro titolo lucrativo [2]. Perchè tale estinzione si verifichi, fa mestieri anzi tutto che si tratti di cosa individualmente determinata, cioè di una *species*; inoltre è necessario che la cosa stessa, e non già la sua estimazione, sia stata acquistata a titolo lucrativo; per ultimo si richiede che sia stata acquistata in modo egualmente vantaggioso [3].

4° *Consenso contrario.* — Le obbligazioni che si contraggono col nudo consenso si risolvono nella stessa maniera, consentendo cioè in contrario ambedue le parti, o, come suol dirsi, col mutuo dissenso; ma affinchè questo avvenga, è necessario che l' obbligazione non abbia avuto esecuzione nè da una parte nè dall' altra *(rebus adhuc integris; re nondum secuta)* [4].

---

[1] Vedi più sopra, § 119, e Cod. civ., art. 1298.

[2] Inst. *de legat.*, II, 20; Modestinus, fr. 34, §§ 2, 7 8; Julianus, fr. 82 pr., §§ 4 e 6; Africanus, fr. 108, 4, *de legatis*, I [30]; Julianus, fr. 17 e 19, *de obl. et act.*, XLIV, 7; Cod. civ., art. 843.

[3] Cfr. Sell, *Ueber die röm. rechtliche Aufhebungsart der Obl. durch cono. caus. lucr.*, Zürich 1899. Il Ferrini (*Sul concursus duarum causarum lucrativarum*, nei *Rendic. Ist. Lomb.*, 1891) sostenne che originariamente il credito era eliminato dal concorso di due qualsiasi cause, fossero o no lucrative, e che solo nell'ultimo diritto classico la regola si sia ristretta; per il Di Marzo (*Appunti sulla dottrina della causa lucrativa*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XV) la restrizione sarebbe dovuta a Giustiniano.

[4] § 27, Inst., *quib. mod. obl., toll.*, III, 29; Ulpianus, fr. 7, § 6 e Neratius, fr. 58, *de pact.*, II, 14: *Ab emptione venditione locatione conductione caeterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit dubium non est.* Pomponius, fr. 2; Paulus, fr. 3; Julianus, fr. 5, §§ 1 e 2, *de rescind. vend.*, XVIII, 5; Pomponius, fr. 80.

5° *La esistenza di un termine finale o di una condizione risolutiva.* — Quando un'obbligazione è stata contratta sotto condizione risolutiva, e questa si verifica, l'obbligazione si reputa come non contratta [1]; e quando la durata dell'obbligazione è stata limitata ad un dato termine, e questo scade, il debitore può respingere l'azione del creditore con una valida eccezione *(exceptio doli* o *exceptio pacti)* [2].

6° Le obbligazioni si possono estinguere anche per la prescrizione estintiva dell'azione [3], per morte di una delle parti [4], per transazione e per compromesso [5], ed eccezionalmente per *capitis deminutio* la quale però lasciava sussistere un'obbligazione naturale [6].

---

de solut., XLVI, 3; ULPIANUS, fr. 35 e GAIUS, fr. 100, *de reg. iur.*, L. 17. Se l'obbligazione fosse già stata eseguita, e le parti volessero ritornare nello stato primitivo, sarebbe necessario fare una nuova convenzione in senso contrario: Const. 1 e 2, *quando liceat*, IV, 45.

[1] Vedi il vol. I, § 27.

[2] PAULUS, fr. 44, § 1, *de obl. et act.*, XLIV, 7; JULIANUS, fr. 56, § 4, *de verb. obl.*, XLV, 1.

[3] Vedi il vol. I, § 45.

[4] Per esempio, il mandato e la società (vedi §§ 138 e 139).

[5] Vedi più sotto, §§ 144 145.

[6] In principio il *capite minutus*, era liberato dalle sue obbligazioni, giammai però da quelle nascenti da delitti o quasi-delitti. ULPIANUS, fr. 2, § 3, *de cap. min.*, IV, 5.

PARTE SPECIALE

CAPO VII.

Contratti verbali.

§ 128.

Dei contratti verbali in generale e del « nexum » in particolare.

I contratti verbali, che si riscontrano nella storia del diritto romano, sono varii: il *nexum*, la *stipulatio*, la *dotis dictio*. Il primo però cadde in dissuetudine fino dal quinto secolo di Roma, tantochè esso è istituto antico ed ignoto al diritto giustinianeo; l'ultimo cedette il campo alla costituzione dotale per « *pactio* » o « *pollicitatio* »; il secondo invece rimase anche nel diritto giustinianeo la forma più ordinaria colla quale si conchiudeva un gran numero di rapporti obbligatorii.

Nexum [1] (da *nectere* = *legare*) significa propriamente ciò che viene o è stato legato, ossia l'atto di stringere un'obbligazione *(ob-ligatio)* [2]. Nei tempi storici di Roma esso stava però a rappresentare uno speciale contratto obbligatorio, vale a dire, se-

---

[1] Mitteis, *Ueber das Nexum*, nella *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, XX, 96 e seg. e *ibid.*, XXV, 2822 e seg.; Lenel, *Das Nexum, ibid.*, XXIII, 84 e seg.; Mommsen, *Nexum, ibid.*, XXIII, 348 e seg. (ed ora nelle *Juristische Schriften*, III, 125 e seg.), Schlossmann, *Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig 1903; Huvelin, v. *Nexum*, nel *Dictionnaire des antiquités gr. et rom.* di Daremberg e Saglio; Perozzi, *Ist.*, II, 158; Eisele F., *Studien zur röm. Rechtsgesch.* (Tübingen 1912); Pacchioni, *Nexum* (in *Mélanges F. C. Girard*, 1912, II, 319).

[2] Fest., v. *Nectere*. La parola però si estendeva così al denaro prestato colla forma del *nexum* (*nexum aes = pecunia quae per nexum obligatur*), come alla persona che si obbligava in quel modo (*nexus = nexu obligatus*).

condo la opinione dominante, un mutuo simbolico, del quale si rivestiva qualunque obbligazione, e che produceva effetti giuridici rigorosamente determinati.

La forma colla quale si contraeva il *nexum* era quella medesima della *mancipatio;* vale a dire si aveva una pesatura simbolica del denaro sulla bilancia tenuta dal *libri pens* alla presenza di cinque cittadini romani, e quindi la *nuncupatio* o le convenzioni verbali che contenevano le ulteriori disposizioni accessorie, per esempio sul tempo e luogo del pagamento, sulla misura degli interessi ed altre simili [1].

Il mutuo o l'obbligazione pecuniaria contratta in tal guisa aveva questo di particolare di fronte alla semplice obbligazione del mutuo [2], che dopo il termine pattuito dava senz'altro al creditore il diritto di trarre il debitore insolvente in ceppi nella propria casa, come se gli fosse stato aggiudicato dal magistrato in conseguenza di un processo ordinario di esecuzione [3]. Il *nexum* poteva dunque considerarsi come un surrogato della sentenza ed aveva i medesimi effetti [4]. Il debitore insolvente cadeva difatti in uno stato analogo alla servitù dopo i trenta giorni, che venivano accordati dalla scadenza anche nella procedura ordinaria [5]; il creditore poteva costringerlo a lavorare, come pure poteva legarlo in ceppi per evitarne la fuga [6]. Se il de-

---

[1] VARRONE *De ling. lat.*, I, 1 e VII, 105) riporta le definizioni date del *nexum*. *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur in quo sint mancipia. Mucius quae per aes et libram fiant, ut obligentur praeter quam mancipio dentur:* cioè *nexum* è un modo di costituire un'obbligazione, ma non una trasmissione di proprietà, sebbene anche questa si compisse per *aes et libram*.

[2] Vedi appresso, § 132.

[3] DION., IV, 9; VARR., loc. cit.: *liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexum vocatur, ut ab aere obae ratus.*

[4] Così si interpreta dai più il testo delle XII Tavole: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (v. il vol. I, § 61).

[5] DION., VI, 23, 83; XVI, 9; ZON., VII, 14.

[6] Perciò i *nexi vincti solutique* in LIVIO, II, 23. Vedi anche VARRONE, loc., cit., *de re rust.*, I, 17; COLUM., I, 3; DION., V, 53. — Il *nexus* con-

bitore non soddisfaceva alla sua obbligazione, non vi era, per quanto sappiamo, alcun termine in cui l'arresto personale dovesse cessare. Quando però l'obbligato sotto la forma del *nexum* avesse voluto soddisfare il suo debito, sia alla scadenza, che dopo di essa, o il creditore glie lo avesse rimesso, era necessaria per risolvere l'obbligazione una forma egualmente solenne, un atto contrario *per aes et libram*, detto *nexi liberatio* o *solutio per aes et libram* [1].

Il contratto verbale del *nexum* cadde in desuetudine dopo la legge *Poetelia Papiria* (dell'anno 428 di Roma) [2] motivata dalle discordie dei patrizi e plebei [3]. Questa legge disponeva che fossero liberati dall'arresto personale tutti coloro che come *nexi* attualmente vi si ritrovavano, e che non fosse più ammessa la sommissione volontaria dell'arresto mediante la forma del *nexum* [4]. Il *nexum* non era con queste disposizioni abolito per sè, ma eragli tolto il rigore particolare che sapeva d'arbitrio, dappoichè il creditore doveva per ottenere il suo soddi-

---

servava però la libertà e la cittadinanza, tantochè era obbligato al servizio militare (Liv., II, 24-26; Dion., VI, 29, 37, 41), come pure la potestà sui figli e la disposizione giuridica dei suoi averi: queste però erano in fatto paralizzate dalla solidarietà con cui e figli ed averi rispondevano del debito del *paterfamilias* (Dion., VI, 26; Liv., II, 24).

[1] Fest., loc. cit.; Gai., III, 174: *adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra.*

[2] Questa data tradizionale è però posta in dubbio dal Pais. *Storia di Roma*, II, pag. 75, 156.

[3] Liv., VIII, 28. In quell'anno arano consoli *C. Petilius* o *Poetellius Libo Visolus* e *L. Papirius Mugillanus*. Alcuni scrittori la pongono invece nell'anno 441 u. c. nel quale C. Petellio fu dittatore, dietro un passo (corrotto) di Varrone (*De lingua lat.*, I, 1; VII, 105).

[4] Cic., *De Rep.*, II, 54: *omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum.* Liv., VIII, 28: *quod necti desierant... victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei... ita nexi, soluti, cautumque in posterum, necterentur.*

stacimento adempire alle prescrizioni della procedura ordinaria [1]. È quindi naturale che, perduto il suo principale interesse, questo contratto verbale primitivo cadesse in disuso [2].

§ 129.

Della stipulazione [3].

La stipulazione può definirsi un contratto conchiuso per via di una determinata domanda verbale del creditore e di una risposta precisamente corrispondente del debitore, colla quale il secondo accorda al primo un diritto di obbligazione [4]. Anche questo contratto ha subìto diverse fasi prima di giungere alla forma, sotto cui si presenta nel diritto giustinianeo. Sembra che esso avesse dapprima un carattere sacro, fosse cioè concluso con cerimonie religiose *(sponsio)* davanti all'ara massima di Ercole [5]. Nei tempi storici però esso non conservò del suo an-

---

[1] Livio (VIII, 28) ci racconta che dopo la legge Petellia anche coloro i quali venivano aggiudicati in via ordinaria ai proprii creditori, non potevano più essere caricati di ceppi: *iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur: pecuniae creditae bono debitoris non corpus obnoxium esset.*

[2] Il nome soltanto si trova ancora, ma in un senso diverso; per esempio *res nexa* nel senso di cosa soggetta a pegno (Ulpianus, fr. 1, § 4, *ne vis fiat*, XLIII, 4).

[3] Gide, *Observations sur les contracts literis*, nella *Revue de législation*, III, 121; Binder, in *Studi per Bragi*, Palermo 1910, p. 339; Mitteis, *Ueber die Herkunft der Stipulation in Festschriften für Bekker* (1907), p. 109.

[4] Paul., *Sent.*, II, 4, 1: Pomponius, fr. 5, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1: La derivazione etimologica della parola è forse da trovarsi in *stips*, moneta. Fest., *de verb. sign.*: *stipem esse nummum signatum, testimonium est et in quod datur stipendium militi, et cum spondetur pecunia quod stipulari dicitur.* Vedi anche Varr., *De lingua lat.*, V, 182, e per altre etimologie vedi Paul., *Sententiae*, V, 7, 1; *Inst.*, III, 15, pr.; Isidor.; V, 24.

[5] Dionis., 1, 40; Fest., v. *Spondere;* Isidor., V, 24. Cfr. Ferrini, v. *Fas.*, nel *Digesto italiano.*

tico carattere se non le formule solenni della domanda e della risposta; che nei primi tempi non potevano essere diverse dalle seguenti: Il creditore domandava: SPONDESNE MIHI CENTUM DARE? Il debitore rispondeva: SPONDEO! [1] Quando però i rapporti dei Romani coi peregrini divennero sempre più intimi e l'uso della stipulazione prettamente latina si estese anche ai forestieri e divenne così *iuris gentium*, si riconobbero come valide altre formule meno rigorose, come DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEI TUAE ERIT? FIDEI MEAE ERIT ed altre [2]. In seguito fu permesso anche l'uso della lingua greca o di un'altra lingua straniera [3], e sotto gli imperatori si ammise nelle forme una libertà sempre maggiore [4].

Finalmente l'imperatore Leone dichiarò superflue le antiche formule e valida qualunque forma di domanda e risposta [5]; però esse dovevano esser sempre fatte oralmente, tantochè sordi, muti ed assenti non potevano per loro stessi concludere una stipulazione, e la risposta doveva seguire immediatamente e corrispondere esattamente alla domanda [6].

A questo stadio non si potè più dire, come prima, che la *stipulatio* si fondasse sulle parole solenni colle quali era stata conclusa, mentre era efficace anche quando il consenso non fosse stato espresso *solemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis.* Restava però sempre l'elemento formale dello scambio orale di domanda e risposta, della presenza delle parti.

Se non che anche questo elemento formale doveva più tardi quasi totalmente sparire. Già sotto il governo consolare i con-

---

[1] CIC., *Pro Rosc. Com.*, 5; PLAUT., *Trin.*, V, 2, 38 e segg.; *Capt.*, IV, 2, 118; GAI., III, 92; PAUL., *Sententiae*, II, 3, 1.

[2] GAI., III, 93, 112, 138; PAULUS, II, 3, 1; PLIN., *Ep.*, I, 14.

[3] Const. 12, *de fideiuss.*, VIII, 41 [10]; ULPIANUS, fr. 8, *de fideiuss.*, XLVI, 1; § 1; Inst., *de verb. obl.*, III, 15.

[4] ULPIANUS, fr. 1, §§ 1-3, *de verb. obl.*, XLV, 1.

[5] Const. 10, *de contr. stip.*, VIII, 38 [37].

[6] ULPIANUS, fr. 1, §§ 1-3, *do verb. obl.*, XLV, 1; § 5, Inst., *de inut. stip.*, III, 19. Nel diritto nuovo però se la risposta si riferisce a una quantità diversa da quella contenuta nella domanda, la stipulazione è valida fino a concorrenza della quantità minore.

tracenti per render più sicura e più facile la prova della conclusione della *stipulatio* solevano chiamare dei testimoni all'atto e stendere un documento scritto che si diceva *cautio, epistola, literae, scriptura, instrumentum, chirographum* [1]. Sebbene la scrittura rimanesse sempre un elemento accessorio della *stipulatio*, un semplice mezzo di prova del contratto, tuttavia l'uso generale delle *cautiones* fece sì che la stipulazione scritta anche solamente dal debitore si ritenesse come valida, quando il creditore accettava l'istrumento, quantunque non avesse luogo domanda e risposta, e Giustiniano dispose perfino che la presenza dei contraenti dovesse esser presunta quando essi fossero designati come presenti nell'istrumento di stipulazione [2].

Diciamo adesso dell'uso della stipulazione. — Quanto all'oggetto, anzitutto, in origine la *stipulatio* probabilmente era limitata al pagamento di una somma determinata di denaro *(pecunia certa)*; poscia, gradualmente, potè esserne oggetto qualunque prestazione [3]. — Quanto allo scopo, oltre che per far sorgere *ex nuovo* un rapporto obbligatorio, la *stipulatio* venne adoperata come mezzo generale di far carattere ed efficacia civile alle convenzioni mancanti di causa civile; fu anche usata per trasformare un rapporto obbligatorio in un altro (novazione), per rafforzare un'obbligazione esistente (fideiussione e pena convenzionale), per estinguere un'obbligazione esistente (accettilazione). — Nè vi furono soltanto stipulazioni contratte per accordo spontaneo delle parti, ma anche stipulazioni contratte

[1] Cicer., *Pro Rosc. Comm.*, 6, 4 e 13; *Topic.*, 25-26; Paulus, fr. 57, *de donat. inter vir et ux.*, XXIV, 1; Scaevola, fr. 122, § 2; Paulus, fr. 126, § 2 e Scaevola, 165, § 3, *de verb. obl.*, XLV, 1; Papinianus, fr. 11, § 2, *de duob. reis*, XLV, 2; Paulus, fr. 68, § 1, *de fideiuss.*, XLVI, 1.

[2] Const. 14. *de contr. stip.*, VIII, 38 [37]; § 12, Inst., *de inut. stip.*, III, 19.

[3] Paulus, fr. 5, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1: *Conventionales (stipulationes) sunt, quae ex conventione rerum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum; nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt, et pendent ex negotio contracto.* Cfr. fr. 3, Inst., *de div. stip.*, III, 18 [19].

dietro ordine del pretore o di un giudice. donde la distinzione di stipulazioni convenzionali e di stipulazioni necessarie [1] dette anche, quest' ultime, *cautiones* [2] dallo scopo che si prefiggono di garantire contro le turbative e i danni.

Il fine che si propongono i contraenti, la causa della stipulazione, era indifferente nell' antico diritto, in cui predominava il principio formale. La stipulazione era valida di per sè e dava vita all' obbligazione, anche quando non si designava nell'atto, perchè o a qual fine si contraeva [3]. Il principio formale e rigoroso fu però a poco poco modificato dal diritto pretorio, il quale per veduta d' equità assicurò a chi si fosse obbligato senza una causa la *exceptio doli* e rese così la validità della stipulazione dipendente dalla causa [4]. Questa può essere una causa antecedente od una causa futura [5].

La stipulazione, essendo un contratto eminentemente unilaterale [6], non poteva dar vita ad un' obbligazione bilaterale. Questo scopo però si poteva ottenere contraendo nel medesimo tempo due stipulazioni, nelle quali i contraenti scambiassero le loro parti: così in una compra e vendita il venditore prometteva la merce e si faceva ripromettere *(restipulari)* il prezzo [7]. Il creditore poteva fare accedere alla stipulazione un' altra persona *(adstipulator)* che si faceva promettere il medesimo oggetto

---

[1] Paulus, fr. 5, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1: *Stipulationes aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales.* Cfr. pr. Inst., *de div. stip.*, III, 18 [19].

[2] Ulpianus, fr. 1, § 4, *de stipul. praet.*, XLVI, 5; Paulus, fr. 6, § 3, *quod cuiusq. univ. nom.*, III, 4; Paulus, fr. 5, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1; §§ 1, 2 e 4, Inst., *de div. stip.*, III, 18 [19].

[3] Gai., IV, 116.

[4] Cicer., *De offic.*, III, 14; Gai., IV, 116; Ulpianus, fr. 2, § 3. *de doli mali except.*, XLIV, 4.

[5] Ulpianus, fr. 19, §§ 4-6, *de donat.*, XXXIX, 5; fr. 1, *de cond. sine causa*, XII, 7; fr. 23, § 3; Pomponius, fr. 52, e Paulus, fr. 65, § 4, *de cond. ind.*, XII, 6.

[6] Gai., III, 137. Cfr. Inst., *de consensu obl.*, 22 [24].

[7] Cicer., *Pro Roscio Com.*, cap. 13; Gai., IV, 165, 180, 181.

dal debitore ed era con ciò autorizzata ad agire in giudizio e ricevere la riscossione in difetto del creditore principale [1]. L'*adstipulatio* serviva nei più antichi tempi per render possibile la rappresentanza in giudizio. Più tardi, avendo perduta la sua originaria utilità per l'ammissione della rappresentanza giudiziale, servì tuttavia per render possibile l'adempimento della obbligazione dopo la morte dello stipulante [2]. Anche questo scopo venne a mancare quando Giustiniano riconobbe la validità di una stipulazione per un tempo posteriore alla morte del creditore e perciò l'istituto dell'*adstipulatio* sparì nel diritto giustinianeo [3].

Le azioni che sorgono dalla stipulazione sono la *certi condictio* o *condictio si certum petatur* quando trattasi di una stipulazione *certa* [4], l'*actio ex stipulatu* quando di una stipulazione *incerta* [5]. È ammessa inoltre la *condictio triticaria*, quando la stipulazione non sia diretta ad una somma di denaro, ma in altre cose fungibili [6].

CAPO VIII.

Contratti letterali.

§ 130.

Dei contratti letterali nel diritto antico [7].

Accanto alla stipulazione esisteva nel diritto del periodo repubblicano in Roma un altro modo di dar vita ad obbligazioni formali, il contratto letterale cioè, che consisteva nel-

---

[1] Gai., III, 110 e 112.

[2] Id., III, 117.

[3] Const. un., *ut actiones et ab hered. et contra hered. incip.*, IV, 11; Const. 11 e 14, *de contr. stip.*, VIII, 38 [37]; § 13, Inst., *de inut. stip.*, III, 19 [20].

[4] Ulpianus, fr. 24, *de reb. cred.*, XII, 1.

[5] Gai., IV, 136.

[6] Ulpianus, fr. 1, pr. *de cond. tritic.*, XII, 3.

[7] Buonamici, *Sulle litterarum obligationes dell'antico diritto romano*, nel-

l' iscrivere una partita di credito nel libro di cassa del padre di famiglia.

Ogni romano soleva tenere per l'amministrazione del proprio patrimonio un registro di tutte le entrate e le uscite *(tabulae* o *codex accepti expensi)* [1]. Questo registro conteneva due rubriche in due pagine diverse, una per l' entrata *(acceptum)*, una per l' uscita *(expensum)*: ed ogni mese vi si riportavano le differenti partite dallo scartafaccio degli appunti quotidiani di spese ed entrate *(adversaria)* con un determinato ordine cronologico. Ogni partita doveva recare la sua data [2], il nome della persona da cui si era ricevuto o alla quale si era dato [3], non meno che la causa particolareggiata del dare o dell' avere [4]. Questo registro però, oltre a contenere la vera e propria uscita ed entrata [5], serviva ad iscrivere molti altri crediti e debiti, che riposassero sopra un mutuo pagato a contanti [6], e finalmente serviva a dar vita all' obbligazione letterale.

A quest' ultimo scopo bastava che il creditore iscrivesse una somma di denaro insieme al nome della persona che si soleva

---

l' *Archivio giur.*, XVI, 3-72. Importante per la storia dei contratti letterali è l' orazione di CICERONE, *Pro Q. Roscio Comoedo*, sulla quale vedi COSTA, *L' orazione pro Q. Rosc. Com.*, Bologna 1896; VOIGT, *I banchieri, la tenuta dei libri e l' obblig. letter. dei Rom.* (traduzione di G. CARNAZZA). Catania 1891.

[1] CICER., *Pro Rosc.*, 1, 2 e 3; *In Verr.*, II, 23 e 76.

[2] Id., *In Verr.*, II, 77 e seg.; ULPIANUS, fr. 1, § 2; fr. 4, pr.; fr. 6, § 6, *de edendo*, II, 13.

[3] È appunto da questo che ogni partita di credito o di debito chiamavasi *nomen* (PSEUDO-ASCON., *Verr.*, 1, 10, § 28, pag. 165).

[4] CICER., *Pro Pomp.*, 3; *In Verr.*, I, 14, 57, i. f.

[5] Al titolo dell' uscita appartenevano ancora i capitali dati a mutuo che si dicevano *nomina arcaria*, per i quali però l' iscrizione nel *codex* non costituiva di per sè l' obbligazione, ma serviva solamente di prova della medesima. GAI., III, 131: *Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur: in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem: qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.*

[6] Come prezzi non ancora pagati di immobili e mobili, interessi scaduti non ancora soddisfatti, stipulazioni, ecc. Così il *codex* non doveva presentare

designare come debitrice, dal lato dell'uscita nel *codex*. I Romani chiamavano questo atto del creditore *nomen facere* o *expensum ferre*, da cui il nome di *expensilatio* [1]. Il debitore doveva prestarvi naturalmente il suo assenso, sebbene la sua presenza all'atto non fosse necessaria [2], e soleva riportare la medesima somma nel suo *codex* dalla parte dell'entrata, per cui dicevasi *acceptilatio* quest'atto corrispondente alla *expensilatio* [3]. In questo modo il debitore veniva ad essere obbligato, come se avesse ricevuto una somma di denaro, e la obbligazione riposava unicamente sopra la inscrizione *(literarum obbligatio)*.

La inscrizione nel *codex*, oltrechè fondare *ex novo* un'obbligazione, poteva servire a trasformare un'obbligazione esistente (novazione). In questo secondo caso parlavasi di *nomen transcriptícium*. La trasformazione poteva a sua volta essere di due specie: 1° *transcriptio a re in personam*, vale a dire quando si voleva trasformare in obbligazione letterale un debito nascente da un'altra causa (come, per esempio, da compra e vendita, da rapporti di società) senza che si mutasse la persona del debitore e soltanto per dare alla obbligazione un carattere più rigoroso; 2° *transcriptio a persona in personam*, e questo avveniva quando si cangiava la persona del debitore e si trascriveva nell'uscita una somma a carico di una persona, la quale non era debitrice del trascrivente, ma le era delegata dal vero e proprio debitore [4]; alla quale operazione si richiedeva naturalmente l'assenso di ambedue quelle persone.

— —

soltanto il conto di cassa, ma offrire insieme anche un quadro dello stato patrimoniale della famiglia.

[1] CICER., *Pro Rosc.*, cap. 5: *Pecunia necesse est data aut expensa lata aut stipulata sit.*

[2] GAI., III, 136, 138.

[3] CICER., loc. cit.: *Improbum est non referre quid debeas.*

[4] GAI., III, 128 e seg.: *Litteris obligatio fit relati nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo vel a re in personam vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit relati si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, inde expensum tibi tulero. A persona in personam transcriptio fit relati si id, quod mihi Titius debet, tibi inde expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi.* La *delegazione* consi-

Il contratto letterale essendo un'obbligazione formale, *stricti iuris* e per conseguenza unilaterale aveva per oggetto del denaro e produceva un' *actio* anch' essa di stretto diritto che nel periodo delle *legis actiones* per la *l. a. per condictionem* e in quello della procedura *per formulas* l'*actio certae creditae pecuniae* [1].

Tutto il valore dell' obbligazione letterale riposava sopra la puntualità colla quale eran tenuti i libri di cassa e sull'onestà del creditore e del debitore [2]. È perciò che coll' aumento della corruzione dei costumi in Roma si cominciò ad assicurare la obbligazione con mezzi estranei di prova [3] e finalmente cadde in disuso nei primi secoli dell' Impero tutta la consuetudine dei *codices* e dei *nomina trascripticia* [4].

Syngrapha e Chirographa [5]. L'obbligazione per via di trascrizione nel *codex accepti et expensi* era un istituto particolare ai cittadini romani. I peregrini invece, e specialmente quelli delle provincie greche, solevano servirsi di documenti scritti

steva in un semplice avviso al debitore che doveva ricevere un nuovo creditore. — Questi pagamenti, dietro delegazione, solevano farsi spesso per l' intermezzo dei banchieri (*argentarii, mensularii, trapezitae*), i quali pagavano coi depositi dei particolari o col far loro credito ad interesse e tenevano dei registri esatti sopra tutta la loro entrata ed uscita (*codex, tabulae, mensae, rationes*).

[1] Cicer., *Pro Rosc.*, V, 14.

[2] Id., *In Verr.*, 1, 28; *Pro Rosc.*, 2, ci fa sapere come fosse sacro dovere tenere i libri colla più grande coscienza, e come si considerassero quasi vergognose le partite non trascritte sopra il *codex* (*pecuniae extraordinariae*).

[3] Sia col farsi dare dal debitore il consenso in iscritto (*per epistolam*), sia con testimoni, sia col trascrivere le partite nei libri di più persone. Vedi Cicer., *Pro Rosc.*, 1; Senec., *De Benef.*, 3, 15.

[4] Pseudo-Ascon., *Ad Verr.*, 1, 23 (pag. 175, Orelli): *Ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit.* L' uso si mantenne più a lungo presso i banchieri.

[5] Vedi Schupfer, nella *Ric. it. per le scienze giur.*, V, 13; e la larga letteratura papirologica; per ultimo Meyer, *Zum Rechts-und Urkundenwesen im ptolemäisch-römischen Aegypten*, in *Krit. Beiträge zur alten Geschichte*, VI, 420 e seg.

detti *syngrapha* e *chirographa,* coi quali il debitore attestava di dover qualche cosa o si obbligava a prestare una qualche cosa [1]. I Romani riconobbero il valore di questi documenti nei rapporti coi peregrini [2], e li usarono prima nelle relazioni coi peregrini, poi anche fra loro. Nel diritto posteriore mano mano che si estendeva ai peregrini l' *ius civitatis* sparve la forma della singrafe e rimase il solo chirografo, ma unicamente come prova scritta della obbligazione letterale, senza aver mai un valore simile a quello dei *nomina transcripticia* [3].

§ 131.

Del contratto letterale del diritto giustinianeo [4].

Le costituzioni imperiali, avevano disposto che la *exceptio non numeratae pecuniae* escludesse come mezzo di prova, il documento di stipulazione o di altro credito portato in giudizio dall' attore e costringevano quest' ultimo a recare altre prove, in difetto delle quali il convenuto veniva assolto [5]. Ma perchè non fosse recato danno al pubblico credito si disponeva nel medesimo tempo che il debitore, che volesse prevalersi della

---

[1] Gai., III, 134: *Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat: ita scilicit si eò nomine stipulatio non fiat; quod genus obbligationis proprium peregrinorum est.* La differenza tra questi due contratti si riduceva a ciò: le singrafe erano atti bilaterali emanati da ambedue le parti, redatte forse in doppio originale, i chirografi erano invece atti unilaterali e fatti semplicemente dal debitore.

[2] Vedi Cicer., *Ad Attic.*, V, 21, VI, 2; *In Verr.*, I, 36, IV, 63 e seg.; Plaut., *Asinar.*, IV, I, 57; I, 3, 85.

[3] Cicer., *Pro Mur.*, 17; *Ad Attic.*, VII, 3; Horat., *Sat.*, II, 3, 69 e seg.; Gai., fr. 4. *de fide instr.*, XXII, 4; Ulpianus, fr. 27; § 1. *de furt.*, XLVII, 2.

[4] Gneist, *Die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrecht*, Berlin 1845: Messina-Vitrano, *L' obbligaz. letterale nel dir. giust.*, nell' *Arch. giur.*, LXXX, 194 e seg.; Binder, in *Studi per Brugi*, p. 339.

[5] Const. 3, *de non num. pec.*, IV, 30; Inst., *de lit. obl.*, III, 21 [22]; Ulpianus, fr. 29, *mandati*, XVII, 1.

querela non numeratae pecuniae, dovesse presentarla entro un anno, e che quindi si prescrivesse nel medesimo termine la *exceptio* corrispondente. Dopo varie modificazioni di diversi imperatori, Giustiniano dispose che il termine della prescrizione di quella *exceptio* dovesse essere di due anni [1], e che scorso questo termine il documento dovesse fare piena prova [2] Però per evitare la decadenza dalla eccezione, l'interessato poteva interrompere sempre il decorso di una tale prescrizione per mezzo dell'azione o querela, rinnovando la querela stessa prima dello scadere del biennio; nulla opponendosi a che in questo caso si applichino le regole consuete sulla interruzione della prescrizione. Soltanto perchè la scrittura poteva così venire ad obbligare *(scriptura obligatur)* come se vi fosse stata stipulazione o numerazione, si disse inesattamente obbligazione letterale del diritto giustinianeo. La prescrizione dell'*exceptio* era solo una eccezione alla regola procedurale generale, *temporanea ad agendum, perpetua ad excipiendum:* eccezione suggerita da ragioni di convenienza, *ne iura nimis in incerto maneat;* la costruzione del rapporto come obbligazione letterale è dovuta ad un errore di Giustiniano, che confuse la questione della prova, alla quale soltanto la sua costituzione si riferiva, con quella della causa obbligatoria.

CAPO IX.

Contratti reali.

I contratti, alla cui perfezione, oltre il consenso, occorre la consegna di una cosa, fatta da uno dei contraenti all'altro, che si obbliga di restituire, secondo i casi, o la cosa stessa, o

---

[1] Il termine fu esteso probabilmente sotto Diocleziano a un quinquennio. Vedi *Cod. Hermogen.* (pag. 62, Haenel). Vedi altre modificazioni di Onorio e Teodosio nel *Cod. Th.*, IV, 27, c. 1, e nel *Cod. Just. de non num. pec.*, IV, 30, c. 13.

[2] Inst., *de lit. obl.*, III. 21 [22]; Const. 14, *de non num. pec.*, IV, 30.

una eguale quantità, ed ebbero perciò forza obbligatoria anche nel diritto romano antico sotto un nome speciale, sono il mutuo, il commodato, il deposito e il pegno.

§ 132.

Del mutuo [1].

NOZIONE. — Il mutuo è un contratto reale, unilaterale mediante il quale una persona, che dicesi mutuante, dà ad un'altra, che dicesi mutuatario, una quantità di cose fungibili, affinchè questi le faccia sue, e, scorso il tempo stabilito, ne restituisca altrettanto dello stesso genere e della stessa qualità [2].

Il mutuo, essendo un contratto *reale*, non è perfetto finchè non è fatta la consegna, e quindi va ben distinto dalla convenzione di dare a mutuo, la quale era valida anche per diritto romano quando fosse rivestita della forma della stipulazione [3]. La consegna può farsi dallo stesso mutuante o da un altro in suo nome [4], in tutte quelle maniere nelle quali può farsi la tra-

---

[1] HUSCHKE, *Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehn*, Stuttgart 1882.

[2] Pr. Inst., *quib mod. re contrah. obl.*, III, 14 [15]: *Re contrahitur obligatio veluti mutui dationi. Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientis fiant, et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur: unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio.* Vedi PAULUS, fr. 2. pr., §§ 1-3, *de rebus cred.*, XII, 1 e Cod. civ., 1819.

[3] PAULUS, fr. 30, *de reb cred.*, XII, 1.

[4] Nel diritto romano antico si richiedeva che le cose mutuate passassero *direttamente* dalla proprietà del mutuante in quella del mutuatario (AFRICANUS, fr. 34, *mandati*, XVII, 1) ma in seguito fu ammesso che la proprietà si potesse trasferire anche *indirettamente*, per esempio coll'ordinare al debitore di pagare nelle mani del mutuatario (ULPIANUS, fr. 15 e CELSUS, fr. 32, *de reb. cred.*, XII, 1) o col consegnare a taluno una cosa per venderla e tenersi il prezzo a titolo di mutuo (ULPIANUS, fr. 11, pr., *de reb. cred.*, XII,

dizione in genere, non esclusa la *traditio brevi manu* e il *constitutum possessorium*.

È necessaria la *dazione* delle cose mutuate; vale a dire il mutuante deve trasferirne la proprietà nel mutuatario. Qualora non venga trasferita la proprietà, sia perchè il tradente non è proprietario [1], sia perchè non ha la capacità d'alienare [2], non esiste mutuo [3]. Se però il ricevente ha consumato in buona fede le cose, il mutuo si convalida [4] come si convalida se ne ha acquistata la proprietà per usucapione [5], o, trattandosi di denaro, per mezzo della commistione [6].

Si richiede inoltre che le cose mutuate sieno fungibili, per esempio: denaro, vino, olio, frumento [7].

Le cose devono essere date e accettate coll'intenzione comune delle parti di contrarre un mutuo [8].

---

1 e AFRICANUS, fr. 34, pr. *mandati*, XVII, 1); o col permettere al debitore di tenere a titolo di mutuo ciò che deve per altro titolo (fr. 34, *mandati*, XVII, 1; fr. 15, *de reb. cred.*, XII, 1; ULPIANUS, fr. 3, § 3, *de Sc. Mac.*, XIV, 6). Cfr. PAULUS, fr. 2, § 4; ULPIANUS, fr. 9, § 8 e fr. 26, *de reb. cred.*, XII, 1; Const. 4, *si certum petatur*, II, 4; Const. 2, *per quas pesonas*, IV, 27.

[4] PAULUS, fr. 2, § 4 e fr. 16, *de verb. cred.*, XII, 1.

[2] § 2, Inst., *quibus alienare licet*, II, 8.

[3] PAULUS, fr. 2, *h. t.*: *Appellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.*

[4] ULPIANUS, fr. 11, § 2; POMPONIUS, fr. 13, pr. § 1; JULIANUS, fr. 19, § 1, *de reb. cred.*, XII, 1; POMPONIUS, fr. 24, § 2, *de obl. et act.*, XLIV, 7; PAULUS, fr. 66, § 2, *de fideiuss.*, XLVI, 1; § 2, Inst., *quibus alien. lic.*, II, 8. Che se le consumò in mala fede, risponde di tutti i danni di fronte al proprietario, coll'*actio ad exibendum*. ULPIANUS, fr. 11, § 2, *de reb. cred.*, XII, 1; § 2, Inst., *quib. alien. licet*, II, 8.

[5] PAULUS, fr. 15, § 1, *de cond. ind.*, XII, 6; fr. 60, *de solut.*, XLVI, 3.

[6] JAVOLENUS, fr. 78, *de solut.*, XLVI, 3.

[7] Pr. Inst., *quibus mod. re contrah. obl.*, III, 14 [15]; GAIUS, fr. 1, § 2, *de obl. et act.*, XLVI, 7.

[8] Se le parti non sono d'accordo sulla natura dell'operazione, credendo l'una di fare una donazione, e l'altra di ricevere un mutuo, non vi è nè mutuo nè donazione, sebbene la tradizione abbia per effetto il trasferimento della proprietà. JULIANUS, fr. 36, *de acq. rer dom.*, XLI, 1. Non osta il fr. 18, *de reb. cred.*, XII, 1 di ULPIANUS.

Per ottenere la restituzione delle cose mutate, il mutuante ha la *condictio mutui*, che in diritto romano è un'azione di stretto diritto [1]. Essa si distingue in *condictio certi* se oggetto del mutuo è denaro, *triticaria* se invece è altra cosa fungibile.

EFFETTI. — Il mutuatario acquista la proprietà delle cose mutuate e contrae l'obbligo di restituire nel tempo fissato l'equivalente in genere e qualità di quanto ebbe [2]. Se non venne stabilito il tempo della restituzione, nè espressamente nè tacitamente [3], il mutuante può chiederla ad ogni istante [4]. S'intende da sè che dopo la tradizione il rischio e pericolo delle cose mutuate sta a carico del mutuatario [5].

Gli interessi non possono chiedersi se non sono stati convenuti, [6].

---

[1] ULPIANUS, fr. 9, *de reb. cred.*, XII, 1. La *intentio* della formula non era diretta ad un *dare oportere ex fide bona*, ma ad un *dare oportere*. Il mutuatario doveva restituire, nè più nè meno, quello che aveva ricevuto, e il giudice non poteva tener conto di circostanze estrinseche che di per sè avrebbero potuto modificare l'obbligazione, come, per esempio, la mora del debitore. AFRICANUS, fr. 24, *de praescript. verb.*, XIX, 5. In diritto moderno, invece, l'azione di mutuo può essere diretta anche ad ottenere gli interessi moratorii.

[2] PAULUS, fr. 2 e POMPONIUS, fr. 3, *de reb. cred.*, XII, 1.

[3] Un esempio si trova in FLORENTINUS, fr. 57, pr. *de pact.*, II, 14: *qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.*

[4] PAPINIANUS, fr. 94, § 1, *de solut.*, XLVI, 3; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, I, § 107, nota 5, lett. *a*; Cod. civ. ital., art. 1173. L'art. 1826 nel nostro Cod. civ. dispone che « non essendo fissato il termine della restituzione l'autorità giudiziaria può concedere al mutuatario una dilazione secondo le circostanze.

[5] ULPIANUS, fr. 9, § 9, *de reb. cred.*, XII, 1; GAIUS, fr. 1, § 4, *de obl. et act.*, XLIV, 7; § 2, Inst., *quib. mod. re obl.*, III, 14; Codice civile ital., ar. 1820.

[6] In diritto romano la convenzione degli interessi, per avere efficacia, doveva essere rivestita della forma civile della stipulazione, fatta separatamente e indipendentemente dal mutuo, salvo in caso affatto eccezionale. AFRICANUS, fr. 24, *de praescr. verb.*, XIX, 5; Const. 3 e 7, *de usur.*, IV, 32. Per diritto giustiniano, nei debiti pecuniari la misura degli interessi non deve superare d'ordinario il sei per cento all'anno (secondo il diritto antico erano permesse le *usurae centesimae*, ossia il dodici per cento). I negozianti ed i fabbricanti possono esigere l'otto per cento; le *personae illustres*

non essendo mai sottintesi [1]. Se oggetto del contratto sieno denari, il mutuatario è tenuto a restituire la medesima somma numerica espressa nel contratto. Accadendo aumento o diminuzione nelle monete prima che scada il termine del pagamento, il debitore deve restituire la somma numerica prestata, e non è obbligato a restituire questa somma che nella specie in corso al tempo del pagamento [2]. La regola anzidetta non ha luogo, quando siansi somministrate monete d'oro o d'argento, e ne sia stata pattuita la restituzione nella medesima specie e quantità. In tal caso, se viene alterato il valore intrinseco delle monete, o queste non si possono ritrovare, e sono messe fuori di corso si rende l'equivalente al valore intrinseco che le monete avevano al tempo in cui furono mutuate [3].

PECUNIA TRAIECTICIA [4]. — Con questo nome si indicava il mutuo di danaro destinato a passare il mare o in natura o in merci acquistate con quello: in questo caso il mutuante assume il rischio del viaggio, talchè il mutuatario non è obbligato alla restituzione se per conseguenza di viaggio infausto la pecunia o le merci vadano perdute; questo contrariamente alla regola generale del mutuo, che il rischio e pericolo delle cose mutuate sta a carico del mutuatario [5]. In tal caso il sovventore può

---

il quattro per cento. Nel *foenus nauticum* e nel mutuo di derrate è permesso di stipulare il dodici per cento. Secondo il Cod. civ. ital. (art. 1831, modificato dalla legge 22 giugno 1905, n. 268) l'interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti, ma se eccede la misura legale, che nelle materie civili è del quattro per cento, deve risultare da atto scritto; altrimenti non è dovuto alcun interesse. MESSA G. C., *L'obbligazione degli interessi e sue fonti*, Milano 1911.

[1] Const. 1 e 3, *de usur.*, IV, 32; Cod. civ., art. 1829.

[2] Cod. civ., art. 1821. Cfr. POMPONIUS, fr. 1, § 1, *de auro argento leg.*, XXXIV, 2 e fr. 99, *de solut.*, XLVI, 3.

[3] Cod. civ., art. 1822. Vedi la nota precedente.

[4] HUSCHKE, nella *Zeitschrift f. Civilrecht* (nuova serie), X, 1: GOLDSCHMIDT, *Untersuchungen zur L. 122*, § 1, *D. de V. O.*, Heidelberg 1855.

[5] MODESTINUS, fr. 1 e 3, *de naut. foen.*, XXII, 2: *Trajecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterarum si eodem loci consumatur non erit trajecticia.* Cfr. B. ALIBRANDI, *Foenus nauticum* in *Diz. pratico del dir. priv.*, Milano 1911.

stipulare interessi più elevati degli ordinari [1]. I principii della *pecunia traiecticia* furono estesi col tempo ad ogni operazione anche non marittima, in cui il mutuante si obblighi a non esigere la restituzione che all'avverarsi d'una certa condizione [2]; in tal caso il *periculum* pel mutuante sta nella possibilità che non si verifichi la condizione.

MUTUO CONTRATTO DA UN FIGLIO DI FAMIGLIA [3]. Il Senatoconsulto Macedoniano, emanato sotto Claudio nell'800 di Roma e rinnovato sotto Vespasiano, proibì di mutuar danari ad un figlio di famiglia [4]. Si volle con ciò porre un argine ai traviamenti, a cui i figliuoli soggetti alla patria potestà potessero venire trascinati dai debiti. Il mutuante che richiede la restituzione può essere respinto colla *exeptio Senatusconsulti Macedoniani:* questa spetta al figlio di famiglia non solamente finchè è sottoposto alla patria potestà, ma ancor quando è divenuto *sui iuris* e può essere opposta non solo dal figlio di famiglia, ma anche dal padre e dagli eredi dell'uno e dell'altro come pure dai fideiussori del figlio di fa-

---

[1] Nel diritto antico il *foenus nauticum* era illimitato; Giustiniano fissò gli interessi al dodici per cento. Vedi PAPINIANUS, fr. 4, pr. *de naut. foen.*, XXII, 22, e la Const. 1-2, *de naut. foen.*, IV, 33. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 283, nota 3.

[2] *Foenus quasi nauticum*, SCAEVOLA, fr. 5, pr. *de naut. foen.*, XXII. 2. Alla *pecunia traiecticia* dei Romani corrisponde nel diritto moderno il prestito a cambio marittimo. Secondo il codice di commercio il prestito a cambio marittimo può essere costituito sulla nave intiera o sopra una parte di essa: sugli attrezzi, sul corredo e sull'armamento; sul nolo; sul carico o sopra una porzione determinata di esso; sulla nave, sul nolo e sul carico congiuntamente (art. 393). Se le cose sulle quali fu costituito il prestito a cambio marittimo sono intieramente perdute per caso fortuito o per forza maggiore, nel tempo e nel luogo dei rischi assunti da chi ha dato il denaro, chi lo ha ricevuto è liberato. Se la perdita è parziale, il pagamento delle somme prestate è ridotto al valore delle cose vincolate al prestito che furono salvate, salvo il rimborso delle spese di ricuperamento, e il pagamento dei crediti privilegiati ai quali fosse dovuta la preferenza (art. 399).

[3] SQUITTI, *Il Sc. Macedoniano*, Napoli 1886.

[4] Il Senatoconsulto non si applicava ad operazioni diverse dal mutuo di denaro, salvo se fatte per eludere la legge. ULPIANUS, fr. 7, § 3, *de Sc. Maced.*, XIV, 6.

miglia in quanto abbiano regresso contro di lui in caso di pagamento [1].

Il Senatoconsulto Macedoniano, mentre non riconosce esistere obbligazione civile nel figlio di famiglia pel danaro mutuatogli, riconosce in lui un' obbligazione naturale; e quindi il pagamento esclude la *condictio indebiti* [2].

In alcuni casi poi la eccezione del Senatoconsulto Macedoniano cessa del tutto, e ciò avviene quando il padre ha permesso il mutuo oppure lo ha ratificato [3], quando il mutuo è stato fatto o rivolto di poi a vantaggio del padre [4], quando è avvenuto per soddisfare a bisogni indispensabili, o per pagare altri debiti non tutelati da eccezione [5] e quando il mutuante per errore scusabile ritenne *sui iuris* il mutuatario [6]. In due casi cessa l' eccezione pel figlio di famiglia che aveva ricevuto il mutuo e cioè nel caso che il figlio di famiglia possiede un peculio castrense o quasi castrense al momento del mutuo fino a concorrenza del peculio [7] e nel caso che divenuto *pater familias* ha riconosciuto il mutuo [8].

§ 133.

Del commodato [9].

Il commodato è quel contratto reale per cui uno dei contraenti *(commodante)* consegna all'altro *(commodatario)* una cosa,

---

[1] § 7, *quod. cum eo,* IV, 7; Ulpianus, fr. 1, pr.; fr. 7, § 10; fr. 9, § 3, *de Sc. Maced.,* XIV, 6.

[2] Ulpianus, fr. 9, §§ 4-5; Paulus, fr. 10, *h. t.*; Africanus, fr. 40, *de cond. ind.,* XII, 6.

[3] Ulpianus, fr. 7, §§ 11, 15; Paulus, fr. 12 e 16, *h. t.*

[4] Id., fr. 7, §§ 12, 13, *h. t.*

[5] Id., fr. 7, § 14, *h. t.*

[6] Id., fr. 3 pr.; Pomponius, fr. 19, *h. t.*

[7] Id., fr. 1 in fine; fr. 2, Dig., *h. t.*

[8] Const. 2, C., *h. t.*

[9] Ferrini. *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano,* nell' *Archivio giurid.,* LII. 469-499; LIII. 41-73. 257-309; De Ruggiero. *Depositum vel commodatum,* nel *Bull. Ist. dir. rom.,* XIX.

affinchè se ne serva gratuitamente per un tempo o uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta [1].

Il commodato essendo un contratto reale richiede anch'esso per la sua perfezione la consegna o tradizione della cosa [2]. La semplice promessa di concedere l'uso d'una cosa non costituisce il commodato; ma quando questa promessa fosse stata rivestita della forma della stipulazione, poteva anche in diritto romano dar luogo ad un'azione d'indennità in caso di inadempimento.

Nel diritto romano antico il concetto del commodato si applicava soltanto alle cose mobili, ma nel diritto classico e nel diritto giustinianeo si estende anche alle cose immobili [3].

L'uso dev'essere gratuito [4]. Se il commodatario si obbligasse ad un correspettivo, il contratto muterebbe natura: sarebbe cioè o una locazione o un contratto innominato [5].

L'intenzione comune delle parti dev'essere che il commodatario si serva della cosa. La tradizione adunque non trasmette al commodatario nè la proprietà nè il possesso, ma soltanto la detenzione, che è necessaria perchè possa usare della cosa commodata [6]. Non è quindi necessario che il commodante sia proprietario della cosa, anche l'usufruttuario, il conduttore e per-

---

[1] Vedi anche il Cod. civ., art. 1805. Che per diritto romano l'uso non *debba* essere determinato fu sostenuto recentemente, ma con argomenti invalidi, da CICOGNA, *Ancora sull'uso nel commodato*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XIX.

[2] § 2, Inst., *quib. mod. re contr. obl.*, III, 14 [15].

[3] § 2, Inst., *quid. mod. re contr. obl.*, III, 14 [15]; ULPIANUS, fr. 1, § 1, *commodati vel contra*, XIII, 6.

[4] § 2, Inst., *quib. mod. re contr. obl.*, III, 14; Cod. civ., art. 1806.

[5] § 2, Inst., *quib. mod. re contr. obl.*, III, 14; ULPIANUS, fr. 17, § 3, *de praescr. verb.*, XIX, 5. Da questo requisito della gratuità dell'uso deriva che il commodato per regola vien concluso nell'interesse esclusivo del commodatario. Eccezionalmente può darsi però che vi sieno interessate ambe le parti e persino che ridondi a vantaggio esclusivo del commodante, come, per esempio, quando si presta un libro ad un amico perchè lo legga e ci informi del suo contenuto.

[6] POMPONIUS, fr. 8; ULPIANUS, fr. 9; PAULUS, fr. 15; MARCELLUS, fr. 16, *commodati*, XIII, 6.

fino il ladro possono essere commodanti. La natura e la durata dell' uso vengono determinati dalla volontà dei contraenti, e in difetto è decisiva quella del commodante [1].

Il commodatario deve restituire la identica cosa ricevuta [2], coi frutti e con tutte le accessioni *(cum omni causa)* [3].

Il commodatario risponde d'ogni grado di colpa [4], non però del caso fortuito [5], salvochè siasi servito della cosa per un uso diverso da quello stabilito [6], nel qual caso deve inoltre restituire anche il guadagno che ne avesse ritratto [7]. Egli è tenuto a custodire la cosa e deve rispondere del furto eventuale di essa non dovuto però a forza maggiore; ha perciò l' *actio furti* contro il ladro. L' azione che spetta al commodante contro il commodatario appartiene al numero di quelle di buona fede ed è l' *actio commodati directa*. Se però il commodato non sorge perchè l' altra parte è incapace a contrarlo, l' azione che spetta il commodante è quella *ad exhibendum* o la *rei vindicatio* per ottenere la restituzione della cosa.

Il commodante non può chiedere la restituzione della cosa se non dopo che il commodatario siasi servito della cosa per l' uso stabilito o dopo che sia trascorso il termine convenuto [8].

---

[1] Paulus, fr. 17, § 3, *commodati,* XIII, 6.

[2] Ulpianus, fr. 3, § 6, e Gaius, fr. 4, *commodati,* XIII, 6; Paulus, fr. 2, pr. *de reb. cred.,* XII, 1.

[3] Ulpianus, fr. 5, § 9, *commodati,* XIII, 6; Paulus, fr. 38, § 10, *de usur.,* XXII, 1.

[4] Egli risponde anche della negligenza del messo, per mezzo del quale rimanda la cosa al commodante.

[5] Ulpianus, fr. 5, §§ 2-10, fr. 10 pr.; Gaius, fr. 18 pr. e Pomponius, fr. 23, *commodati,* XIII, 6. Tuttavia se la cosa fu stimata con l' intendimento che debba restituirsi o la cosa o il valore di stima, il commodatario risponde anche del caso fortuito. Ulpianus, fr. 5, § 3 e Africanus, fr. 21, § 1, *commodati,* XIII, 6; Const. 1, *de commodato,* IV, 23; Cod. civ., art. 1811.

[6] § 2, Inst., *quib. mod. re contr. obl.,* III, 14; Cod. civ., art. 1809.

[7] Pomponius, fr. 13, § 1, *commodati,* XIII, 6.

[8] Paulus, fr. 17, § 3, *commodati,* XIII, 6. Se però durante il detto termine o prima che sia cessato il bisogno del commodatario, sopravviene al commodante un urgente imprevedato bisogno di valersi della cosa, l' auto-

Eventualmeste possono nascere obbligazioni anche pel commodante, il quale deve: 1° rifondere al commodatario le spese necessarie e straordinarie che non siano una condizione del suo godimento [1]; 2° risarcire il danno proveniente dalla sua colpa grave [2] ed anche dalla colpa leggera se il commodato fu concluso nel suo interesse [3]; 3° se il commodatario, avendo smarrita o perduta la cosa, ne abbia dovuto pagare il valore al commodante, questi, ritrovandola, deve rendergli il valore pagato [4]. — L'azione che spetta al commodatario per ottenere l'esecuzione degli obblighi eventuali del commodante è l'*actio commodati contraria* [5].

§ 134.

Del deposito [6].

Deposito regolare. — Il deposito è quel contratto reale per cui una delle parti *(depositante)* consegna all'altra *(depositario)* una cosa mobile perchè la custodisca gratuitamente coll'obbligo di restituirla ad ogni richiesta [7].

La consegna è una condizione indispensabile per l'esistenza

---

rità giudiziaria può obbligare il commodatario a restituirla. Art. 1815 Cod. civ.

[1] GAIUS, fr. 18, § 2, *comm.*, XIII, 6; Cod. civ., art. 1817 e 1813.

[2] PAULUS, fr. 17, § 3; GAIUS, fr. 18, § 3, e PAULUS, fr. 22. *comm.*, XIII, 6.

[3] ULPIANUS, fr. 5, § 10, e GAIUS, fr. 18, *comm.*, XIII, 6.

[4] PAULUS, fr. 17, § 5, *comm.*, XIII, 6; cfr. POMPONIUS, pr. *eod.* Se il commodante non l'ha riacquistata, il commodatario ha diritto alla cessione delle azioni verso i terzi. MARCELLUS, fr. 12. *de re iud.*, XLII. 1.

[5] Vedi più sopra, 106.

[6] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 285; HAEDICKE, *Depositum und. Mandat.*, Rostock 1904. ROTONDI, in *Riv. it. per le scienze giur., 1908 p. e segg.*; *Filangieri 1909, n. 4 e 5*; ALBERTARIO E., in *Bull. ist. dir. rom.*, 1913. p. 15.

[7] ULPIANUS, fr. 1, pr. *depos.*, XIII. 6: *Depositum est quod custodiendum alicui datum est.* Il carattere della gratuità si rileva dallo stesso ULPIANO. fr. 3, § 1 in fine, *nautae*, IV, 9.

del contratto di deposito [1]; la semplice promessa di ricevere una cosa in custodia non costituisce il deposito, ma vincola, anche per diritto romano, chi l'ha fatta, se fu rivestita della forma della stipulazione [2].

La consegna deve farsi nell'intenzione comune delle parti che chi la riceve la custodisca pel depositante e gliela restituisca; il depositario non acquista alcun diritto sulla cosa depositata.

Il contratto di deposito è essenzialmente gratuito [3]; se venga promesso un compenso, esso si trasforma in locazione d'opera o in un contratto innominato [4].

Il depositario ha l'obbligo di custodire la cosa e di restituirla in ispecie, senza deterioramento e con tutti gli accessori ad ogni richiesta del deponente, sebbene non sia decorso il termine che per avventura fosse stato convenuto [5].

Nel caso che la restituzione sia impossibile, il depositario non risponde che del dolo e della colpa grave [6], salvochè non

---

[1] GAIUS, fr. 1, § 5, *de obl. et act.*, XLIV, 7; § 3, Inst., *quib. modis re contr.*, III, 14 [15]. Ciò vale anche pel Cod. civile italiano (art. 1837). Il PACIFICI-MAZZONI (*Istituzioni*, 2ª ediz., VI, n. 109), sostiene che il deposito si perfeziona per virtù del solo consenso e che la tradizione appartiene all'esecuzione del contratto; ma il fr. 1, § 13, *depositi*, XVI, 3, che cita in suo appoggio, dice precisamente il contrario. Egli confonde il deposito, che è un contratto reale, coll'obbligazione, che taluno avesse, di ricevere una cosa in deposito.

[2] PAULUS, fr. 26, § 2, *depositi*, XVI, 3.

[3] ULPIANUS, fr. 1, §§ 8-10, *depositi*, XVI, 3; Cod. civ., art. 1837.

[4] Vedi la nota precedente e il § 13, Inst., *de mandato*, III, 26 [27]. Una ricompensa accordata *ex post* non cambia la natura del contratto. ULPIANUS, fr. 2, § 24, *vi bon. rept.*, XLVII 8.

[5] § 3, Inst., *quib. mod. re*, III, 14 [15]; ULPIANUS, fr. 1, §§ 16, 22, 24, 45 e 46, *depositi*, XVI, 3; PAULUS, fr. 38, § 10, *de usur.*, XXII, 1; Const. 11, *depositi*, IV, 34; Cod. civ., art. 1848, 1849, 1852, 1860.

[6] § 3, Inst., *quib. mod. re contrah.*, III, 14; ULPIANUS, fr. 5, § 2, *commod.*, XIII, 6; fr. 1, § 10; fr. 32, *depositi*, XVI, 3; fr. 17, § 2, *de praescr. verb.*, XIX, 5; GAIUS, fr. 1, § 1, *de obl. et act.*, XLIV, 7. Pel Codice civile italiano, il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie (art. 1843).

si sia offerto spontaneamente come depositario [1], o il deposito non ridondi a suo vantaggio; pei quali casi risponde anche della colpa leggera [2]. Anzi in via di eccezione è tenuto persino del caso fortuito, se egli ha usato arbitrariamente della cosa [3]. — Più depositari e più eredi dello stesso depositario rispondono ciascuno della propria colpa per tutto il deposito [4]. L'azione del depositante contro il depositario appartiene alle azioni di buona fede ed è l'*actio depositi directa* [5].

Anche il depositante può essere eventualmente obbligato; e precisamente a indennizzare il depositario tanto delle spese necessarie e di tutte quelle che egli stesso avesse ordinato o approvate, quanto di ogni altro danno che gli fosse derivato per sua colpa in conseguenza del deposito [6]. L'azione del depositario è *l'actio depositi contraria* [7].

L'istituto del deposito presenta tre casi speciali retti da regole parimenti speciali, cioè: il deposito necessario, l'irregolare e il sequestro.

Deposito necessario. — È quello determinato da circostanze che non lasciano al depositante libera la scelta del depositario, per esempio, in caso d'incendio, tumulto, inondazione o ordinato dall'autorità giudiziaria [8]. È anche detto *depositum miserabile.* In questi casi l'*actio depositi* importa la condanna al pagamento del doppio se il depositario negò il deposito [9].

---

[1] ULPIANUS, fr. 1, § 35, *depositi,* XVI, 3.

[2] Id., fr. 4, pr. *de reb. cred.,* XII, 1.

[3] Id., fr. 1, § 25 e PAULUS, fr. 29, *depositi,* XVI, 3.

[4] Id., fr. 1, § 43; fr. 9, 10, *depositi,* XVI, 3. Per la colpa del depositario, gli eredi che non siano in colpa non rispondono che ciascuno in proporzione delle rispettive quote ereditarie. ULPIANUS, fr. 7. § 1 e PAULUS, fr. *depositi,* XVI, 3.

[5] Vedi più sopra, § 106.

[6] ULPIANUS, fr. 5. pr.; POMPONIUS, fr. 12, pr. e MODESTINUS, fr. 23, *depositi,* XVI.

[7] Vedi più sopra, § 106, p. 23.

[8] ULPIANUS, fr. 7. § 2. *qui satisd. cog.,* II. 8; fr. 22. § 8. *solut. matr.,* XXIV, 3; PAPINIANUS, fr. 21, § 3, *de appell.,* XLIX, 1; Codice civile, art. 1875.

[9] ULPIANUS, fr. 1, §§ 1-4 e NERATIUS, fr. 18. *depositi,* XVI. 3; § 4,

Deposito irregolare [1]. — È irregolare il deposito di cose fungibili fatto in modo che ne risulti manifesta l' intenzione del depositante che il depositario non sia obbligato a restituire la identica cosa ricevuta, ma altrettanto dello stesso genere [2]. Ciò avviene, per esempio, nel caso che alcuno, depositando del denaro, lo abbia solamente enumerato senza consegnarlo chiuso o suggellato. In questo caso l' oggetto che si deposita è la somma soltanto, e non già le singole monete; e il depositario, purchè provvegga a che la somma depositata possa essere ripresa ad ogni momento, può disporre dei singoli pezzi come più gli aggrada, poichè il depositante, col numerarli senza altro, ha mostrato che non gl' importa affatto di riaverli tali e quali [3]. Le cose fungibili depositate in questa guisa passano in proprietà del depositario il quale è obbligato solamente a restituire il *tantumdem*, cioè altrettanto della medesima qualità e bontà [4].

Sequestro [5]. — Il sequestro volontario è il deposito di una cosa fatta da due o più persone presso un terzo, che si ob-

---

Inst., *de action.*, IV, 6; Paul., *Sententiae*, II, 12, § 11. Per l' articolo 1348 del Cod. civ., nei depositi necessari è ammessa la prova testimoniale, anche se il loro valore supera le lire cinquecento.

[1] Niemeyer, *Depos. irregulare*, Halle 1886; Naber, *De deposito usurario*, in *Mnemosyne*, XXXIV (1905); Longo, *Appunti sul deposito irregolare*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XVIII, (1906); Segrè, *Sul deposito irregolare*, *ibid.*, XIX (1907).

[2] Arndts-Serafini, *Pandette*, § 286.

[3] Alphenus, fr. 31, *locati*, XIX, 2.

[4] Fr. 24, 26, § 1; 28, 29, § 1, *h. t.* Presso i Romani era frequente l' uso di questi depositi ai banchieri, i quali si obbligavano di restituire ad ogni richiesta del depositante tutta o parte della somma depositata, o allo stesso depositante, o a terza persona indicata da lui. Questa è appunto l' origine storica degli *chèques*. Vedi Serafini, *Dissertazioni di diritto civile comune*, Diss. II, (nel *Giurista* di Napoli 1862); Buonamici, nell'*Archivio giur.*, XVI, 3-72; Arndts-Serafini, § 286, note 3 e 4, pagine 225-259; Segrè, l. c. Il Longo ed il Naber ritengono invece che il deposito irregolare sia una creazione giustinianea.

[5] Arangio-Ruiz, *Studi sulla dottrina romana del sequestro*, I-II (nell'*Archivio giur.*, L, LXXVI-LXXVIII.

bliga a restituirla al verificarsi di date circostanze [1], come ad es., la fine di un giudizio provvisorio, di un litigio, ecc. [2], a colui al quale sarà dichiarato che debba appartenere.

Il sequestro essendo una specie di deposito, l'azione per ripetere la restituzione dell'oggetto depositato è l'*actio depositi sequestrataria* [3].

Esso si differenzia dal deposito ordinario pei seguenti rispetti: 1° Non può esser fatto che da persone aventi interessi in conflitto [4]. 2° Può aver per oggetto anche cose immobili [5]. 3° Il sequestratario può avere il possesso giuridico della cosa [6]. 4° La restituzione della cosa non avviene che verificato l'avvenimento in considerazione del quale fu fatto il sequestro [7]: e la cosa sequestrata può essere richiesta dalla persona, cui fu riconosciuto che debba essere consegnata [8]. Il sequestro può per convenzione delle parti, prendere la natura d'un altro contratto, per esempio della locazione, se il sequestratario riceve una mercede pel servigio che presta [9].

Il sequestro può ordinarsi anche dall'autorità giudiziaria nel qual caso prende il nome di sequestro necessario [10].

---

[1] Il caso ordinario è la *controversia*. Esempi di altri casi si hanno in AFRICANUS, fr. 39, *de solut.*, XLVI, 3; GAIUS, fr. 5, *famil. erciscund.*, X, 2.

[2] PAULUS, fr. 6, *depositi*, XVI, 3. *Proprie autem in sequestre est depositum quod a pluribus in solidum certa condition custodiendum reddendumque traditur*; MODESTINUS, fr. 110, *de verb. signif.*, L, 16; FLORENTINUS, fr. 17, pr. *depos.*, XVI, 3. Cod. civ., art. 1870; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 287.

[3] ULPIANUS, fr. 5, § 1 e POMPONIUS, fr. 12, § 2, *depositi*, XVI, 3; cfr. ULPIANUS, fr. 9, § 3, *de dolo*, IV, 2. Ma vedi contro ARANGIO-RUIZ, loco cit.

[4] FLORENTINUS, fr., 17, pr. *depositi*, XVI, 3; Cod. civ., art. 1870.

[5] MODESTINUS, fr. 110, *de verb. sign.*, L, 16; Cod. civ., art. 1873.

[6] Vedi il vol. I, § 43.

[7] Const. 5, *depositi*, IV, 34; Cod. civ., art. 1874.

[8] PAULUS, fr. 6, *depositi*, XVI, 3. ULPIANUS, fr. 9, § 3, *de dolo*, IV, 3; Cod. civ., art. 1870.

[9] ULPIANUS, fr. 9, § 3, *de dolo*, IV, 3; fr. 22, § 8, *sol. matr.*, XXIV, 3; Cod. civ., art. 1871.

[10] ULPIANUS, fr. 7, § 2, *qui satisd. cog.*, fr. 22, § 8, *solut. matr.*, XXIV, 3; Cod. civ., art. 1875.

§ 135.

Del contratto di pegno [1].

NOZIONE. — Il contratto di pegno è quel contratto reale, per cui il debitore, od un altro per esso, trasferisce nel creditore il possesso di una cosa a fine di garantire un credito di lui, con l' obbligo nel creditore steso di restituirla dopo la estinzione del debito.

La sola convenzione, non susseguita dalla tradizione della cosa, può bensì creare il diritto reale d' ipoteca [2], ma non produce gli effetti del contratto di pegno [3].

Obbligazioni del creditore pignoratizio. — Il creditore che ha ricevuto un pegno, ha obbligo di vegliare alla custodia della cosa. adoperando la diligenza di un buon padre di famiglia ; egli risponde dunque di ogni grado di colpa [4]. Ed è responsabile perfino del caso fortuito, qualora siasi servito della cosa senza permesso del pignorante [5]. Dopo l' estinzione integrale del debito, deve il creditore restituire la cosa con tutte le accessioni [6].

---

[1] Dig., *De pignerat act.,* XIII, 7; Cod. IV, 7; ARNDTS-SERAFINI *Pandette,* § 288.

[2] Vedi vol. I, § 6 e seg., e più sotto § 143.

[3] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* § 288, nota 2; Cod. civ., art. 1878-1882.

[4] § 4, Inst., *quib. mod. re contr.,* III. 14; Cod. civ., art. 1885.

[5] § 6, Inst., *de action.,* IV, 1.

[6] ULPIANUS, fr. 9, § 3; fr. 22; PAPINIANUS, fr. 40, *de pign. act.,* XIII, 7; Const. 1 e 11, *de pign. act ,* IV, 24. Quanto al diritto di ritenzione del creditore per altri crediti vedi vol I, § 32; Cod. civ., art. 1888. — Il creditore deve imputare nel suo credito i lucri che ottenne dal pegno (ARNDTS-SERAFINI. § 288 nota 3), e risponde di quelli che per colpa sua non ha ritratti (Const. 3, *de pign. act.,* IV, 24; Const. 2, *de partu pign.,* VIII, 25 [24]. Se il pegno sia stato venduto, la restituzione comprende la parte di prezzo, che per avventura sia sopravanzata dopo il pagamento del creditore pignoratizio e degli altri creditori che avevano il diritto di pegno sulla cosa stessa. PAPINIANUS, fr. 52, *de pign. act.,* XIII, 7.

L'azione spettante al pignorante contro il creditore pignoratizio è l'*actio pigneraticia directa.*

Obbligazioni eventuali del pignorante. — Il pignorante può essere eventualmente obbligato: 1° a risarcire tutte le spese necessarie ed utili fatte dal creditore pignoratizio per la cosa pignorata [1]; 2° a risarcire tutti i danni derivanti da sua colpa anche leggera [2]; a mantenere la sicurezza che il pegno era destinato a procacciare, e dare per conseguenza un nuovo pegno se il primo per una causa ignorata dal creditore, non presenta la garanzia che si ricercava [3].

L'azione che spetta al creditore pignoratizio contro il pignorante è l'*actio pigneraticia contraria* [4].

CAPO X.

Contratti consensuali.

§ 136.

Della compra e vendita [5].

NOZIONI E REQUISITI. — La compra e vendita è un contratto consensuale, per cui uno dei contraenti si obbliga a fare avere all'altro una cosa per una determinata somma di denaro.

---

[1] POMPONIUS, fr. 8, pr. e ULPIANUS, fr. 25, *de pign. act.*, XIII, 7; Const. 7, *de pign. act.*, IV, 24; Const. 6, *de pign.*, VIII, 13 [14]; PAULUS, fr. 29, *fam. ercisc.*, X, 2.

[2] Const. 13, *de pign. act.*, IV, 24; § ult., Inst., *quib. mod. re.* III, 14.

[3] Come, per esempio, se la cosa pignorata non appartiene al pignorante. PAULUS, fr. 16, § 1, *de pign. act.*, XIII, 7.

[4] Vedi più sopra, § 106.

[5] BUONAMICI, *L'actio auctoritatis*, nell'*Archivio giur.*, XXIX, 73-98; MOMMSEN, *Die röm. Anfänge von Kauf und Miethe*, nella *Zeitschrift der Sav.-Stift.*, VI, 260 (ora nelle *Juristische Schriften*, III, 132 e seg.): 3 vol., Erlangen 1876, 1884, e Leipzig 1907-1908; BABEL, *Die Haftung des Verkäufers*

che quest'ultimo è si obbliga di pagargli [1]. Gli estremi del contratto di compra e vendita sono: la cosa, il prezzo, il consenso.

La cosa (res. merx). — Sono vendibili tutte le cose, che possono formare oggetto di obbligazione [2], e particolarmente tanto le cose corporali che le incorporali, le cose singole come le università di cose, e non solo le cose che attualmente esistono, ma altresì le cose future e persino la semplice speranza di un vantaggio [3]. La cosa, che forma oggetto del contratto di compra e vendita, può appartenere al venditore o essere una cosa altrui [4]. Tuttavia, se la cosa è furtiva ed ambedue i contraenti lo sapevano, la compra e vendita è invalida; se lo sapeva soltanto il venditore, il contratto non è nullo, ma il compratore non vi è tenuto [5]. È inefficace inoltre la compra e vendita di una cosa fuori di commercio, salvochè il compratore

---

wegen Mangels im Rechte: I. Geschichtliche Studien über der Haftungserfolg. Leipzig 1902; GRADENWIZ, in *Bull. dell'Ist. di D. R.*, 1889, p. 14. Pel diritto italiano vedi CUTURI in FIORE, *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, p. XII; TARTUFARI, *Il Codice di commercio italiano commentato*, vol. I, Verona 1896, e su di esso COVIELLO N., nel *Filangieri*, XXIII, 12.

[1] Pr. Inst., *de emptione et vend.*, III, 23; fr. 2, § 1, *de contrah. empt.*, XVIII, 1; Cod. civ., art. 1447.

[2] PAULUS, fr. 34, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1: *Omnium rerum quas quis habere vel possidere vel persequi potest venditio recte fit; quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exemerunt, earum, nulla venditio est.*

[3] Bisogna distinguere l'*emptio spei* (per esempio, la compera di un determinato trarre di reti, *iactus retis*), dall'*emptio rei speratae* (per esempio, la compera del futuro raccolto in un campo); quest'ultima s'intende fatta sotto condizione che la cosa venga ad esistere. l'OMPONIUS, fr. 8, § *de contr. empt.*, XVIII, 1.

[4] ULPIANUS, fr. 28, e PAULUS, fr. 34, *de contr. empt.*, XVIII, 1; cod. di comm., art. 59. Secondo il Codice civile italiano la vendita è un contratto translativo di proprietà: perciò l'art. 1459 stabilisce che la vendita della cosa altrui è nulla. Vedi però il vol. I, § 60, e l'ARNDTS-SERAFINI, § 300, nota 10. Sulla vendita commerciale di cosa altrui vedi lo studio di SRAFFA, nell'*Archivio giur.*, XLI, 148.

[5] PAULUS, fr. 34, § 3, *de contr. empt.*, XVIII, 1.

non fosse in errore scusabile, come è invalida quella di cose, di cui è vietata la compra e vendita [1].

Il prezzo (pretium). — Il prezzo deve essere certo [2], e convenuto in una somma di denaro [3] *(pecunia numerata)*: tuttavia la natura del contratto non sarebbe cangiata, se, indipendentemente da un prezzo in denaro, il compratore si obbligasse ad altre prestazioni accessorie [4]; o se, fissato dapprima un prezzo in contanti, si convenisse poi che il compratore potesse liberarsi con un'altra prestazione *(datio in solutum)* [5]. Il prezzo deve esser determinato o tale almeno da poter esser determinato in modo preciso. Ciò non toglie che la determinazione del prezzo si possa far dipendere da un avvenimento incerto ed ignoto, rimettendola, per esempio, all'arbitrio di una determinata persona [6]

---

[1] PAULUS, fr. 34 §§ 1. 7. *de contr. empt.*, XVIII. 1. Talvolta la compra e vendita è vietata in massima, talvolta è vietata a certe determinate persone. Così ai tutori, ai curatori, ai mandatari ed ai pubblici amministratori non lice comprare i beni, dei quali hanno l'amministrazione, nè ai pubblici uffiziali comprare i beni immobili nelle provincie, in cui esercitano le loro funzioni. Vedi Cod. civile italiano, art. 1457 e 1458.

[2] GAIUS, III, 140: *Pretium autem certum esse debet.*

[3] Id. III, 141: *Pretium in pecunia numerata consistere debet.*

[4] POMPONIUS, fr. 6 § 1 e PAULUS, fr. 21, § 4. *de act. empt.*, XIX. 1.

[5] Const. 9. *de resc. vend.*, IV, 44; ULPIANUS, fr. 2. § 1. *de contr. empt.*, XVIII, 1.

[6] Per esempio, *quanti Titius rem aestimaverit.* Questo punto era controverso fra le antiche scuole dei giureconsulti. Labeone e Cassio sostenevano che, quando la determinazione del prezzo era rilasciata all'arbitrio di un terzo, non si aveva contratto di compra e vendita; Ofilio invece e Proculo sostenevano il contrario, e quest'opinione fu consacrata da Giustiniano (Inst. § 1. *de empt.*, III, 23 e Const. 15, *de contr. empt.*, IV, 38, comb. con GAI., III, 140). Ove il terzo designato non volesse o non potesse fissare il prezzo, la vendita sarebbe nulla per mancanza di prezzo. È dunque una vendita condizionale, e la condizione risiede appunto nella fissazione che il terzo faccia del prezzo. Lo stesso principio vale pel Codice civile (art. 1454). L'adempimento della condizione produce effetto retroattivo al giorno del contratto. L'art. 1454 permette inoltre il patto che la scelta sia fatta posteriormente d'accordo dalle parti, purchè in questo caso sia espresso nella convenzione che, non concordano le parti, la scelta venga fatta dal pretore

o anche al prudente arbitrio di un perito imparziale *(arbitratu boni viri)* [1].

Il consenso. — Il consenso dei contraenti non è vincolato a forma di sorta; essi possono dichiararlo sia a voce, sia in iscritto ed anche tacitamente, in persona o col mezzo di terzi [2]. Riguardo al tenore della dichiarazione, essa può farsi, come d' ordinario puramente, a termine o sotto condizione [3]. Una condizione usata assai nella compra è quella di assaggiare la cosa. In questa ipotesi la compra e vendita non è perfetta finchè il compratore non ha gustato la cosa e finchè non l' abbia dichiarata di sua soddisfazione [4], salvochè non risulti che le parti intendessero conchiudere sotto condizione risolutiva [5]. È pure in certo qual modo condizionata la compra e vendita di cose fungibili a peso, numero e misura, finchè le cose non sieno state pesate, numerate o misurate [6].

Effetti. — Gli effetti della compra e vendita si riferi-

---

o dal conciliatore del luogo del contratto o del domicilio o della residenza di una delle parti. Vedi Pedrazzi, nell'*Archivio giur.*, VIII, 346.

[1] Gaius, fr. 25, pr. *locati*, XIX, 2; Marcianus, fr. 16, § 9 *de pign.*, XX, 1. In questo senso può, se non per diritto romano, certamente per diritto comune moderno, rimettersi la determinazione del prezzo anche nel prudente arbitrio di uno dei due contraenti. In diritto romano non si aveva vendita in tal caso (Gaius, fr. 25, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1), ma un contratto innominato, semprechè, s' intende, una delle parti avesse già eseguita la sua promessa. Non si avrebbe vendita nemmeno secondo il Codice civile art. 1454).

[2] Paulus, fr. 1, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1. Se però le parti avessero stabilito che la vendita dovesse farsi per iscritto, il contratto non sarebbe perfetto che mediante scrittura. Const. 17, *de fide istrum.*, IV, 11.

[3] § 4, Inst., *de empt.*, III, 23; Paulus, fr. 1, § 2, *de contr. empt.*, XVIII, 1.

[4] § 4, Inst., *de empt.*, III, 23; Ulpianus, fr. 20, pr., § 1. *de praescr. verb.*, XIX, 5.

[5] Ulpianus, fr. 20, § 1, *de praescr. verb.*, XIX, 5; Paulus, fr. 6, *de resc. vend.*, XXIII, 5; Ulpianus, fr. 3, *quib. mod. pign.*, XX, 6.

[6] Gaius, fr, 35, §§ 5 e 7, *de contr. empt.*, XVIII, 1; Codice civile, art. 1450.

scono al *pericolo* e al *commodo* della cosa, ed alle obbligazioni delle due parti contraenti.

Pericolo e commodo [1]. — Appena il contratto è perfezionato, il pericolo *(periculum)* ed il commodo *(commodum)* della cosa venduta passano nel compratore [2]. Fanno eccezione a questa regola generale le compre e vendite di cose fungibili a misura, numero e peso, nelle quali queste sono a rischio e pericolo del venditore, finchè non sieno state pesate, numerate o misurate; così pure nelle compre e vendite sotto condizione, la perdita della cosa venduta prima che la condizione siasi verificata è a carico del venditore *(periculum interitus)*, ma il deterioramento della cosa avvenuto prima di questo momento ricade sul compratore [3].

Quanto alle obbligazioni, che derivano dalla compra e vendita, devesi avvertire che questo contratto, essendo sinallagmatico, crea obbligazioni reciproche, tanto pel venditore, quanto

---

[1] ANAV. nell'*Archivio giur.*, XXV, 88-160; PACCHIONI, *Studi di diritto privato*, Cesena 1889, pag. 3-27; MANENTI, negli *Studi senesi*, IV, 225 ed ARNÒ, *La teoria del « periculum rei venditae » nel diritto romano classico*, nella *Giurispr. ital.*, 1897, XLIX, parte IV, 209-236. In questo lavoro originale l'Arno, i base sovratutto ai passi di ALFENO (fr. 13-15, *de peric. et comm.*, XVIII, 6) e di AFRICANO (fr. 33, *loc. cond.*, XIX, 2), solleva con grande copia di argomenti il dubbio che nel diritto classico si dovesse nettamente distinguere la *res tradita* da quella *necdum tradita*, per guisa che la tradizione sarebbe stata in allora il vero limite di separazione del tempo in cui il pericolo è a carico del venditore, da quello in cui spetta al compratore; in altre parole, il passaggio del pericolo non si avrebbe al momento in cui il contratto di compra-vendita viene concluso col semplice consenso, ma verrebbe differito al momento della tradizione.

[2] § 3, Inst., *de empt.*, III, 23; PAULUS, fr. 34, § 6, *de contr. empt.*, XVIII, 1. Vedi ARNÒ, *Note minime sul* § 3, Inst., *de emptione et venditione* (III, 23), nell'*Archivio giur.*, LXII (nuova serie, III), fasc. 3, ove facendosi rilevare il contrasto veramente notevole tra il passo delle istituzioni ed i frammenti della nota precedente citati di Alfeno e Africano, se ne trae argomento a favore dell'affermazione che i compilatori giustinianei pensavano a riguardo del *periculum rei venditae* diversamente dai giuristi classici.

[3] Fr. 3, *de peric. et comm.*, XVIII, 6; Cod. civ., art. 1163.

pel compratore, e conseguentemente dà luogo a due azioni dirette, l'una in favore del venditore *(actio venditi)*. l'altra in favore del compratore *(actio empti)*.

Obbligazioni del venditore. — Il venditore non si obbliga a far divenire proprietario il compratore, ma a fargli avere la cosa.[1] Egli pertanto è obbligato anzitutto a consegnare la cosa al compratore e trasferirgliene la disponibilità fisica *(vacuam possessionem tradere)*[2] con tutti i suoi accessorii e tutti i frutti naturali a civili percetti dopo la conclusione del contratto. Sino alla consegna egli è tenuto ad usare ogni diligenza per la conservazione della cosa e risponde d'ogni grado di colpa.[3]

Il venditore è obbligato a garantire il compratore dalla *evizione*, la quale si verifica quando la cosa viene tolta in tutto o in parte al compratore per decisione giudiziale dal proprie-

---

[1] Ulpianus, fr. 11, § 2 e Africanus, fr. 30, § 1, *de act. empt.*, XIX, 1: ...*Venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat.* — Il venditore adunque non si obbliga a trasferire la proprietà, ma solo il pacifico possesso della cosa; laonde il compratore non ha il diritto di agire contro il venditore, sinchè non gli è contrastato il possesso della cosa. Interessantissima è la questione, se possa parlarsi di vendita anche quando il venditore abbia promesso di trasferire la proprietà della cosa; questione sollevata sopratutto dal fr. 16, *de cond. c. data c. non sec.*, XII, 4. Cfr. in vario senso Appleton, *L'obbligation de transférer la propriété dans la vente romaine*, nella *Nouv. Rev. Hist.*, XXX; l'appendice pubblicata, *ibid.*, XXXI; con le lettere del Lenel, del Krüger e del Klüber in proposito; e inoltre Scialoja, *La l. 16 D. c. d. c. n. s.*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XIX; Kübler, recensione dello scritto dell'Appleton, nella *Zeitschr. der Sav. St.*, XXVIII. Questi ultimi scrittori escludono le interpolazioni e corruzioni del tutto affermate dall'Appleton e ritengono che Celso negasse veramente l'esistenza della compra-vendita; il che lo Scialoja spiega escludendo la possibilità di una vendita con l'obbligo di trasferire la proprietà, il Kübler, forse più giustamente, rilevando la natura reale (affine a quella della permuta) del contratto preso in esame dal giurista.

[2] Ulpianus, fr. 13, §§ 10, 11, 13, 31; fr. 14-18 e Celsus, fr. 38, § 2, *de act. empt.*, XIX, 1; fr. 47-49, *de contr. empt.*, XVIII, 1.

[3] Gaius, fr. 35, § 4, *de contr. empt.*, XVIII, 1 e Paulus, fr. 3, *de per.*, XVIII, 6.

tario [1], oppure il compratore è costretto a riconoscere o a tollerare un *ius in re* sull'oggetto comprato come libero [2].

Nei primi tempi di Roma il venditore non aveva l'obbligo di garantire il compratore della evizione; però le parti solevano stipulare, che il venditore, verificandosi la evizione, pagasse il doppio del prezzo *(stipulationes duplae)*. Questi patti divennero così comuni, che la giurisprudenza finì coll'accettare la garanzia pel titolo di evizione, come un obbligo inerente alla natura del contratto. Per tal modo, quand'anche un simile patto non fosse stato conchiuso espressamente, coll'*actio empti* il venditore poteva essere costretto a risarcire tutti i danni derivati dalla evizione *(id quod interest)* [3]. Affinchè sia lecito al compratore ricorrere contro il venditore, allegando la sofferta evizione, è necessario: 1° che l'evizione ripeta la sua origine da un vizio inerente al diritto del venditore e preesistente alla vendita; 2° che il compratore sia stato impedito di avere la cosa per sentenza giudiziale [4]. L'obbligo di prestare l'evizione cessa quindi, se la cosa fu tolta al compratore per violenza o

---

[1] Ulpianus, fr. 1, *de evict.*, XXI, 2; Cod. civ., art. 1483; Benedettini G., *Della evizione*, Torino 1912.

[2] Per esempio un diritto di usufrutto o di ipoteca. Pomponius, fr. 34; § 2, *de evict.*, XXI, 2 e fr. 66, pr. *de contr. empt.*, XVIII, 1. Una servitù prediale, cui fosse soggetto il fondo venduto, salvo casi particolari, non darebbe luogo al ricorso per evizione; ma il compratore potrebbe esercitare l'*actio quanti minoris, seu aestimatoria* pel deprezzamento che la servitù cagiona al fondo. Ulpianus, fr. 1, *de act. empt.*, XIX, 1; Gaius, fr. 49, § 1, *de evict.*, XXI, 2. Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, § 303, nota 3.

[3] È invece necessario, ad escludere le conseguenze dell'evizione, uno speciale patto (*pactum de non praestanda evictione*) sulla cui efficacia si contende; cfr. da ultimi: Ricca-Barberis, *Efficacia giuridica del « pactum de non praestanda evictione »*, Roma 1900; De Medio, *Il patto di non prestar l'evizione e il dolo del venditore nel dir. rom. classico*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XVI. Per diritto nostro, il patto libera, normalmente e salvo convenzioni in contrario, soltanto dall'obbligo di risarcire il danno; resta quello di restituire il prezzo della cosa venduta (art. 1484, 1485 Cod. civ.).

[4] Const. 17, *de evict.*, XIII, 45.

per un atto del potere sovrano [1]; così pure se la cosa è perita o il compratore se ne è privato senza giudiziale sentenza, o se ha perduto la causa per colpa propria [2], e specialmente se ha tralasciato senza legittimo motivo di denunciare debitamente la lite al venditore [3], salvochè non provi che questa denunzia, benchè tempestiva non avrebbe mutato l'esito della lite [4]. Riguardo agli effetti dell'azione in garanzia per l'evizione, conviene distinguere il caso in cui le parti l'abbiano espressamente stipulata, da quello in cui essa deriva dalla natura del contratto. Nella prima ipotesi il compratore agisce *ex stipulatu*, chiedendo nè più nè meno della somma pattuita, che ordinariamente rappresenta il doppio del valore della cosa venduta; nella seconda ipotesi il compratore coll'*actio empti* può pretendere il risarcimento di tutti i danni ed interessi *(id quod emptoris interest rem evictam non esse)* [5], calcolandosi il valore della posa al momento della evizione [6].

Nel calcolo per l'*actio ex stipulatu* si prendeva a base lo stato della cosa al momento della vendita, senza tenere conto degli aumenti o delle diminuzioni avvenute nel tempo posteriore; l'*actio ex stipulatu* era sempre concessa nel caso di evizione parziale di parti materiali della cosa (eccettuato le così dette parti costitutive); l'*actio ex stipulatu* non era concessa per l'evizione di quote indivise tanto di cose indivisibili, quanto di cose divisibili, se prima non si era eseguita la divisione [7].

---

[1] Paulus, fr. 11, pr. *de evict.*, XXI, 2.

[2] Id. fr. 53, § 1 e fr. 56, § 1, *de evict.*, XXI, 2.

[3] Modestinus, fr. 63. *de evict.*, XXI. 2 e Const. 7 e 17, *de evict.*, VIII. 45; Cod. civ., art. 1497. L'obbligo della denunciazione della lite cessa quando il venditore vi abbia espressamente rinunziato, quando a bella posta l'abbia impedita e quando sia stato cercato inutilmente. Paulus, fr. 53, § 1; Ulpianus, fr. 55, § 1; Paulus, fr. 56, § 6 e Modestinus, fr. 63, pr. *de evict.*, XXI, 2.

[4] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, § 203, nota 5.

[5] Julianus, fr. 43 e Alfenus, fr. 45, *de act. empt. vend.*, XIX, 1.

[6] Ulpianus, fr. 21, § 3 e Julianus, fr. 43, *de act. empt. et vend.*, XIX, 1.

[7] Scialoia, *L'« actio ex stipulatu » in caso di evizione parziale*, nell'*Archivio giur.*, XXX, 156-195.

Quanto alla garanzia per i vizi o difetti della cosa venduta, il venditore ne risponde verso il compratore, quando: 1° sieno tali da rendere la cosa impropria all'uso cui fu destinata, o almeno ne diminuiscano sensibilmente il valore; [1] 2° preesistessero alla conclusione del contratto; [2] 3° fossero occulti ed ignorati dal compratore. [3] Questi aveva contro il venditore due azioni, concesse dall'editto edilizio ed esperibili a sua scelta, cioè l'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris*. [4] La prima è diretta alla risoluzione del contratto e dura sei mesi; l'altra tende alla diminuzione del prezzo e dura un anno utile. Giova però avvertire che in caso di dolo da parte del venditore, il compratore può servirsi dell'*actio empti* la quale si estingue soltanto in trent'anni. Per sua natura l'azione redibitoria non può intentarsi che una sola volta, l'azione per la diminuzione del prezzo invece quante volte si scopra un nuovo difetto, ma l'una esclude l'altra [5].

Obbligazioni del compratore. — Il compratore è responsabile per ogni grado di colpa nella esecuzione del contratto. È obbligato a pagare il prezzo d'acquisto al momento della consegna della cosa, a meno che non siasi diversamente pattuito, e se è in mora deve pagare gli interessi moratorii [6]. Però non è obbligato a pagare il prezzo prima della consegna della cosa e può respingere il venditore, che glielo richieda coll'eccezione del non adempito contratto. Inoltre il compratore è tenuto a trasferire nel venditore la proprietà delle specie metalliche, che dà come prezzo, [7] e ad indennizzare il venditore delle spese

---

[1] Ulpianus, fr. 1, § 8, *de aedil. edict.*, XXI, 1.

[2] Papinianus, fr. 54, *de aedil. edict.*, XXI, 1.

[3] Pomponius, fr. 13 e Paulus, fr. 15, § 1, *de contr. empt.*, XVIII, 1: Ulpianus, fr. 1, § 6: fr. 11, § 10; Paulus, fr. 43, § 1 e Pomponius, fr. 48, § 4, *de aed. ed.*, XXI, 1; Cod. civ., art. 1498.

[4] Ulpianus, fr. 21 e 61, *de aedil. edict.*, XXI 1: Cod. civ., art. 1501.

[5] Cfr. per il diritto nostro: Fubini, *La teoria dei vizii redibitorii*, Torino, 1905: Rossi L., *Redibitoria (azione)* in *Dig. it.*, vol. 20, parte I^{a}, Torino, 1912.

[6] Ulpianus, fr. 13, § 20, *de act. empt.*, XIX, 1: Const. 2, *de usuris*, IV, 32; Cod. civ., art. 1507, 1508, 1509.

[7] Ulpianus, fr. 11, § 2, *de act. empt.*, XIX, 1.

fatte dopo la conchiusione del contratto per conservare e custodire la cosa venduta [1].

La proprietà della cosa venduta, ammesso che questa appartenga al venditore, non passa al compratore pel solo effetto della vendita. Perchè la proprietà sia trasferita, è necessario che il venditore abbia fatta la tradizione della cosa e che il compratore abbia pagato il prezzo convenuto, a meno che non abbia comprato a credito [2].

Scioglimento della compra e vendita. — Oltre le cause per cui si sciolgono in generale tutti i contratti, la compra e vendita degli immobili può essere rescissa per *lesione enorme.* Secondo una disposizione formale degli imperatori Diocleziano e Massimiano, il venditore di un fondo, che non ha ricevuto nemmeno la metà del valore della cosa, può domandare la rescissione del contratto; ma il compratore può evitarla, pagando il vero e pieno valore della cosa stessa, cioè il giusto prezzo [3].

§ 137.

Locazione e conduzione [4].

Nozioni e requisiti. — Il contratto di locazione e conduzione è un contratto consensuale, con cui una delle parti *(locatore)* si obbliga a procurare all'altra *(conduttore)* l'uso e il go-

---

[1] Ulpianus, fr. 13, § 22, *de act. empt.*, XIX, 1; Const. 16, *eod.*, IV, 49.

[2] § 41, Inst., *de rer. div.*, II, 1; Callistratus, fr. 50, pr. *de rei vind.*, VI, 1; Ulpianus, fr. 11, § 2, *de act. empt.*, XIX, 1; Const. 15, *de rei vind.*, III, 32. Un principio affatto opposto è stablito nell'art. 1448 del Cod. civ., ove è detto: « la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa nè sia pagato il prezzo ». Vedi tuttavia il vol. I, § 64.

[3] Const. 2, Cod., *de rescind. vend.*, IV, 44; Cod. civ., art. 1529 e seg. Il venditore, come per diritto romano, non ha questa facoltà che nelle vendite aventi per oggetto beni immobili.

[4] Inst., III, 24, *de locatione et conductione;* Dig. XIX, 2, *locati conducti;*

dimento temporaneo di una cosa o a prestarle un servizio od un' opera in corrispettivo di un prezzo, che l' altra parte si obbliga a pagare [1].

I requisiti essenziali di questo contratto sono quelli che abbiamo enumerato trattando della compra e vendita, cioè: la cosa, il prezzo ed il consenso [2]. *a)* La cosa, oggetto del contratto, può essere tanto una cosa corporale o incorporale, di cui il locatore si obbliga a procurare l' uso ed il godimento al conduttore *(praestare uti frui licere)*, quanto un fatto, un servizio, un' opera che quegli promette di prestare a questo. *b)* Il prezzo deve essere, come nella compra e vendita, serio [3] e certo [4] e deve consistere in una somma di denaro [5]. Esso dicesi, secondo i casi, *reditus, pensio, merces, manupretium*. *c)* Il consenso, dal momento che esiste sulla cosa e sul prezzo perfeziona il contratto senza che richiedasi alcuna formalità [6]. Se le parti non si fossero accordate sulla quantità del prezzo, è d' uopo distinguere: o il prezzo che pretende il locatore è più alto di quello

---

Cod., IV, 64, *de locato et conducto*. SIMONCELLI, *Tratt. delle locazioni*. Lanciano 1892; pag. 445 e seg.; PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni*; POLACCO, nella *Riv. it. Sc. giur.* IX, 161-199; LONGO, C., *Sulla natura della « merces » etc.* in *Mélanges Girard*, 1912, II, 105.

[1] Come vedesi da questa definizione, v' ha una stretta analogia tra la locazione e la vendita: talchè molti giureconsulti considerano la locazione come la vendita dell' uso determinato di una cosa o di un servigio (pr. Inst., *de locat.*, III, 24; GAIUS, fr. 2, pr.; LABEO, fr. 28, § 2 e JAVOLENUS, fr. 51, § 1, *locati*, XIX, 2; Cod. civ., art. 1568 e 1570).

[2] Vedi il § 136.

[3] PAULUS, fr. 20, § 1; fr. 22, § 3 e HERMOGENIANUS, fr. 23, *locat.*, XIX, 2.

[4] Inst., *de locat.*, III, 24; GAI, III, 142-144; GAIUS, fr. 25, pr. *locati*, XIX, 2.

[5] GAIUS, fr. 25, §§ 6 e 51, pr. *locati*, XIX, 2. In una specie anomala di locazione, cioè nella colonia parziaria, il prezzo può consistere in una quota dei frutti del fondo. Ma la colonia parziaria è piuttosto un contratto di società che una locazione vera e propria. GAIUS, fr. 25, § 6, *locati*, XIX, 2. Vedi WAASER, *De colonia partiaria*, 1888. Cfr. FERRINI, nell' *Archivio giur.*, XXXVIII, 21.

[6] Pr. Inst., *de locat.*, III, 24; cfr. Tit. Inst., *de obl. quae consensu contrahuntur*, III, 22. Secondo il Codice civile italiano, le locazioni di immobili

che il conduttore intende pagare, ed allora non v' ha consenso ed in conseguenza non esiste contratto; o il prezzo preteso dal locatore è più basso di quello, pel quale il conduttore si ritiene obbligato, ed in tal caso v' ha consenso per la somma meno elevata, perchè il più contiene il meno [1].

Effetti e specie del contratto di locazione e conduzione. — Essendo questo contratto essenzialmente bilaterale, dà luogo ad obbligazioni distinte e reciproche per entrambe le parti; il locatore fa valere il suo dirito con l'*actio locati*, il conduttore con l'*actio conducti*, ambedue dirette, [2] e di buona fede. Gli effetti di questo contratto sono diversi, secondochè esso abbia per oggetto l' uso e il godimento di una cosa *(locatio conductio rerum)*, o la prestazione di un' opera determinata *(locatio operis)*, o il lavoro in sè astrazione fatta del suo risultato finale *(locatio operarum)*.

Locazione e conduzione di cose. — *Generalità.* — Senza tornare a svolgere quei requisiti che debbono concorrere in qualsiasi contratto ed in ogni specie di locazione e conduzione, osserviamo soltanto, che le cose che si consumano coll' uso non possono per regola essere locate, poichè la locazione di cose ha per oggetto di far godere al conduttore la cosa coll'obbligo di restituirla in natura. Il conduttore può in generale subaffittare la cosa locatagli, [3] ed il subconduttore può pagare direttamente la pigione o il fitto al locatore originario [4]. La locazione di fondi urbani e quella di fondi rustici costituiscono le due principali suddivisioni della locazione e conduzione di

---

eccedenti i *nove anni* debbono esser fatte per atto pubblico o per scrittura privata, *sotto pena di nullità;* inoltre debbono essere trascritte per avere efficacia in confronto di terzi (art. 1314, n. 4 e art. 1632, n. 5).

[1] Pomponius, fr. 52, *de locati*, XIX, 2 (vedi sopra, § 103).

[2] Pr. Inst., *de locat.*, III, 24.

[3] Labeo. fr. 60. pr. *locati*, XIX. 2: Const. 6. *de locat.*, IV. 65; Codice civ., art. 1573.

[4] Paulus, fr. 7; Tryphoninus, fr. 8; Paulus, fr. 24, § 1 e Papinianus. fr. 53. *locati*. XIX: Ulpianus. fr. 11, § 5, *de pign. act.*. XIII. 7: Cod. civ., art. 1574.

cose: nel primo caso il conduttore dicesi inquilino *(inquilinus)*; nel secondo dicesi colono *(colonus)*.

Obblighi del locatore. — Egli deve: 1° consegnare la cosa al conduttore in tale stato che possa servire all'uso promesso [1], e senza vizi [2] che la rendano inidonea a tale uso; 2° garantirne al conduttore il libero godimento e l'idoneità rispetto all'uso promesso per tutta la durata del contratto [3]. Perciò se l'uso o il godimento divenisse impossibile, il locatore ne risponderebbe, ma in diversa misura, secondochè l'impossibilità deriva o da sua colpa o da caso fortuito; nella prima ipotesi, trattandosi anche di colpa *lieve*, egli è tenuto a risarcire pienamente il conduttore *(in id quod interest)*; [4] nella seconda ipotesi, se il caso fortuito ha distrutta la cosa locata o l'ha resa in tutto o in parte inetta all'uso o godimento, per cui fu affittata, il conduttore non è tenuto a pagare il fitto o la pigione che in proporzione dell'uso e godimento, che ha potuto fare della cosa locatagli [5]. Così pure il locatore deve astenersi da fare qualunque mutazione nella cosa locata, che la renda impropria o meno adatta all'uso promesso [6], e deve, durante la locazione,

---

[1] ULPIANUS, fr. 19, § 2, *locati*, XIX, 2; Cod. civ., art. 1575-1576. Il conduttore, in seguito alla consegna della cosa, non ne acquista il possesso giuridico ma la semplice detenzione. POMPONIUS, fr. 25, § 1, *de adq. poss.*, XLI.

[2] ULPIANUS, fr. 19, § 1 e fr. 30-35, *locati*, XIX, 2; Const. 28, *de locat.*, IV, 62.

[3] ULPIANUS, fr. 15, pr. § 1 e ALFENUS, fr. 30, *locati*, XIX, 2: Cod. civ., art. 1575, 1576, 1577, 1581.

[4] § 5, Inst., *de locat.*, III, 24; Const. 28, *de locat.*, IV, 65.

[5] ULPIANUS, fr. 5 §§ 1 e 4; fr. 15, §§ 2, 7, 8; fr. 19, § 6: POMPONIUS, fr. 25, § 2; ALFENUS, fr. 30, pr. e AFRICANUS, fr. 33, *locati*, XIX, 2. Così il colono può pretendere una riduzione di fitto, quando la raccolta dei frutti sia stata, per caso fortuito, minore di quanto poteva ragionevolmente attendersi dal fondo; purchè però il danno risentito dal conduttore sia considerevole e dipenda da casi fortuiti straordinarii, ALFENUS, fr. 15 §§ 6 e 7, *locati*, XIX, 2; Cod. civ., art. 1617, 1618, 1619.

[6] ULPIANUS, fr. 19, § 5 e ALFENUS, fr. 30, *locati*, XIX, 2; Cod. civ., art. 1579.

fare le riparazioni necessarie alla cosa locata [1]; 3° pagare tutte le imposte prediali ordinarie e straordinarie [2]; 4° rimborsare al conduttore le spese necessarie ed utili che questi abbia fatte sulla cosa [3].

Obblighi del conduttore. — 1° Deve pagare esattamente il fitto e la pigione convenuta, in proporzione del godimento effettivo della cosa locata, secondo le regole suesposte [4]; 2° deve usare della cosa convenientemente e conforme all'uso cui essa è destinata [5]: nell'adempimento di questa obbligazione è tenuto per ogni grado di colpa [6]; 3° finita la locazione deve restituire la cosa nello stato in cui l'ha ricevuta, salvo i deterioramenti derivanti da vetustà e da forza maggiore [7]. Per garantire l'adempimento di queste obbligazioni del conduttore, la legge accorda al locatore una ipoteca sui frutti del fondo locato, se rustico, e sulle cose che il conduttore di un fondo urdano vi ha portato per servirsene secondo lo scopo della locazione *(invecta et illata)* [8].

Cause per cui la locazione di cose si scioglie. — Riconduzione tacita. — La locazione si scioglie: 1° per la distruzione

---

[1] Ulpianus, fr. 15, § 1; fr. 19, § 2 e Pomponius, fr. 25, § 2, *locati*, XIX, 2.

[2] Papinianus, fr. un., § 3, *de via publ.*, XLIII, 10; Gaius, fr. 39, *de usufr.*, VII, 1.

[3] Paulus, fr. 55, § 1 e Scaevola, fr. 61, pr. *locati*, XIX, 2.

[4] Id. fr. 24, § 2; fr. 54 e fr. 55, § 2, *locati*, XIX, 2; Cod. civ., art. 1583.

[5] § 6, Inst., *de loc.*, III, 24; Ulpianus, fr. 11, §§ 1, 2 e 4, *locati*, XIX, fi. Cod. civ., art. 1583-1584.

[6] § 5, Inst., *de loc.*, III, 24; Ulpianus, fr. 9, § 4, *locati*, XIX, 2; fr. 5, § 2, *commodati*, XIII, 6; Const. 28, *de loc.*, IV, 65.

[7] Il conduttore, che si rifiutava di restituire la cosa locata, incorreva, secondo il diritto romano, nelle pene comminate contro coloro che s'impadroniscono violentemente della cosa altrui (Const. 10, *unde vi*, VII, 4; Const. 25, *de locat.*, IV, 65; Cod. civ., art. 1585-1586).

[8] Paulus, fr. 4, pr. *de pactis*, II, 14; Ulpianus, fr. 11, § 5, *de pigner. act.*, XIII, 7; fr. 2, 3, 4, 5, 6 e 7, *in quib. caus. pignus tacit. contrah.*, XX, 2. Cfr. Codice civile, art. 1958, n. 3, ove si concede al locatore un privilegio per i crediti delle pigioni e dei fitti degli immobili.

della cosa locata [1]; 2° per lo spirare del termine apposto alla durata del contratto; però, anche decorso il tempo, la locazione può protrarsi per consenso tacito dei contraenti *(reconductio tacita)* [2]; 3° per la disdetta del locatore al conduttore [3]; 4° per la facoltà che in certi casi ha il conduttore di recedere dal contratto [4]. Qualora alla locazione non siasi apposto un termine, o il termine non risulti dalla natura del contratto, essa cessa per la rinunzia di uno dei contraenti [5].

---

[1] ULPIANUS, fr. 9 § 1 e fr. 19, § 6, *locati*, XIX, 2: Cod. civ., art. 1595.

[2] Id. fr. 13, § 11 e fr. 14, *locati*, XIX, 2; Const. 16, *de locat.*, IV, 65; Cod. civ., art. 1591-1594. La tacita riconduzione si verifica allorquando il conduttore, spirato il termine, seguita ad usare e godere della cosa senza opposizione del locatore. Essa si presume conclusa alle stesse condizioni della locazione cessata, e costituisce un nuovo contratto, non già una continuazione dell'antico (fr. 13, § 11 cit. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 313, nota 3, lett. *b*). L'uso della riconduzione si manifestò sovratutto ai tempi del basso impero, nella locazione delle terre e diede origine a parecchie forme di diritti reali o contrattuali, che provengono tuttavia direttamente dalla locazione. Così nei beni della chiesa sorse la precaria ecclesiastica, locazione tradizionalmente rinnovata ed ereditaria.

[3] I motivi pei quali il locatore può dare la disdetta sono: 1° il non pagamento del fitto durante due anni (PAULUS, fr. 54 § 1 e fr. 56, *locat.*, XIX, 2); 2° l'abuso e la malversazione della cosa locata (Const. 3, *de loc.*, IV, 65; Cod. civ., art. 1084); 3° la necessità di far restauri alla cosa locata non compatibili con l'uso promesso (ALFENUS, fr. 27, 30 e AFRICANUS, fr. 35, *locati*, XIX, 2; Cod. civ., art. 1580); 4° un bisogno urgente dell'abitazione locata soppravenuto in modo imprevedibile al locatore (Const. 3, *de loc.*, IV, 65).

[4] Le cause per le quali il conduttore può recedere dal contratto sono: 1° i difetti della cosa che ne impediscono intieramente l'uso o lo rendano più limitato o più difficile GAIUS, fr. 25 § 2 e ALFENUS, fr. 27, pr. *locati*, XIX, 2); 2° il ritardo del locatore nel concedere l'uso (PAULUS, fr. 24, § 4 e LABEO, fr. 60, pr. *locati*, XIX, 2); 3° il timore ragionevole di un pericolo, se si continui ad usare della cosa locata (ULPIANUS, fr. 13, § 6 e ALFENUS, fr. 27, § 1, *locati*, XIX, 2).

[5] La locazione non cessa per la morte di una delle parti, poichè gli obblighi ed i diritti correspettivi passano agli eredi. Non è nemmeno esatto l'adagio che la vendita del fondo locato sciolga la locazione, perchè anche in tale ipotesi le obbligazioni derivanti dal contratto rimangono inalterate fra il locatore e il conduttore. Se quegli avesse alienata la cosa senza ob-

LOCAZIONE E CONDUZIONE DI OPERE [1]. — *Generalità.* — È quella specie di locazione con cui una delle parti si obbliga a prestare all' altra un *fatto,* un *servigio,* un' *opera* in correspettività di un prezzo (mercede). Riguardo ai requisiti del contratto, devesi notare specialmente, che il fatto, il quale forma oggetto della locazione di opere, deve essere *lecito, stimabile a contanti e mercenario* [2]; inoltre richiedesi che l' obbligo della prestazione dei servigi non sia perpetuo [3].

Effetti del contratto di locazione e conduzione di opere. — Sono da distinguersi secondochè: *a)* vengano locate le opere in qualità di domestico o di operaio a giornata *(locatio conductio operarum)*; *b)* ovvero venga assunta per un prezzo determinato da taluno l' esecuzione di un dato lavoro a cottimo coll' obbligo di condurlo a termine e consegnarlo compiuto entro un dato tempo *(locatio conductio seu redemptio operis)* [4]. Nel primo caso il locatore, cioè colui che promette l' opera propria, deve prestarla personalmente: se non adempia a quest' obbligo per dolo e colpa, deve indennizzare il conduttore; se l' inadempimento totale o parziale provenga da caso fortuito, il conduttore non potrà pretendere l' indennizzo, ma d' altra parte il locatore non potrà esigere la mercede che in proporzione della prestazione effettuata [5]. Quando il contratto sia una *redemptio operis,*

---

bligare il suo successore a rispettare la locazione, il conduttore avrebbe sempre il diritto di sperimentare contro il locatore l' *actio conducti* per essere risarcito ogni qualvolta il compratore lo avesse espulso dal fondo. GAIUS, fr. 25, § 1 e JULIANUS, fr. 32, *locati,* XIX, 2; PAULUS, fr. 50, *de iure fisci,* XLIX, 14. Secondo il Cod. civ. (art. 1597-1895) il compratore è tenuto a rispettare la locazione quando questa sia anteriore alla vendita e ciò risulti o da scrittura di data certa, o dal possesso del conduttore.

[1] JANNACCONE, *Il contratto di lavoro,* nell' *Archivio giur.,* LIII, 111-172.

[2] I fatti o servigi, dipendenti da una professione liberale, erano retribuiti con *onorario,* retribuzione che non si confondeva col salario o mercede e che si esigeva in una *extraordinaria cognito.* ULPIANUS, fr. 1, *de extraord. cognit.,* L, 13.

[3] PAPINIANUS, fr. 71, § 2, *de condit. et demonstr.,* XXXV, 1; Cod. civ., art. 1628.

[4] Cod. civ., art. 1627.

[5] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* II, § 275, nota 2, dove sono riferite

l'impresario (il quale, contro la terminologia usuale è detto *conductor*, mentre si chiama *locator* colui che affida ad altri una opera) [1] può di regola eseguire il lavoro anche per mezzo di altre persone [2]; egli non risponde dei danni cagionati, all'opera assunta, da caso fortuito o da forza maggiore, ma è responsabile per ogni grado di colpa; le leggi presumono, sino a prova in contrario, che il danno sia derivato da colpa dell'intraprenditore, quando si verificò prima che l'altra parte avesse ricevuto ed approvato l'opera [3].

Cause per cui cessa la locazione di opere. — Esse sono: 1° Il compimento dell'opera o del lavoro promesso. 2° La morte dell'operaio. Quella dell'impresario scioglie il contratto soltanto quando siasi conchiuso, avendo in considerazione la sua abilità personale [4]. 3° Lo spirare del termine stabilito, se le opere furono locate a tempo determinato [5].

---

le opinioni degli autori e la giurisprudenza pratica. Se il locatore era pronto a prestare le opere ed è dipeso dal conduttore se prestate non furono, questi deve pagare la mercede convenuta.

[1] Di questa stranezza terminologica è discussa la ragione. L'opinione più probabile è che in origine, avendo il contratto di locazione assunto il suo nome dalla materiale collocazione di una cosa presso altri, si pensasse al caso frequente di chi, affidando ad altri il compimento di un'opera, gli fornisca (e quindi collochi presso di lui) la materia prima. Ciò spiega anche il fatto stranissimo che i giuristi, soprattutto nell'epoca repubblicana, parlino di *locatio rerum* e di *res locatae* anche dove si tratta evidentemente di una locazione di opera; cfr. per tutti ALFENUS, fr. 31, *locati conducti*, XIX, 2.

[2] La sostituzione di altra persona può essere esclusa da un patto esplicito, o dalla volontà presunta delle parti, come se, ad esempio, per un'opera di belle arti si fosse contratto con un artista famoso. ULPIANUS, fr. 31. *de solut.*, XLVI, 3.

[3] FLORENTINUS, fr. 36, *locati*, XIX, 2. Cfr. art. 1635-1640 Cod. civ.

[4] Secondo il Codice civile, anche la morte dell'imprenditore scioglie in ogni caso il contratto (art. 1642-1643).

[5] Il Codice civile permette al committente di sciogliere a suo arbitro l'accordo dell'appalto, quantunque sia già cominciato il lavoro, tenendo indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa (art. 1641).

§ 138.

Società [1].

Nozioni e requisiti. — Il contratto di società è un contratto consensuale, in forza del quale più persone si obbligano a cooperare, mettendo insieme cose od opere, al conseguimento di un fine lecito di comune utilità.

I requisiti essenziali di questo contratto riguardano le cose o le opere da conferire, lo scopo comune ed il consenso.

Quanto al primo requisito è necessario che ogni socio conferisca qualche cosa nella società; altrimenti rispetto al socio che nulla conferisce si avrebbe donazione, non società [2]. Non si richiede però che tutti i soci conferiscano la stessa specie o la stessa quantità di beni; uno può conferire somme di denaro, altri la propria industria, altri delle merci od un fondo [3].

Il secondo requisito essenziale alla esistenza d' una società è il fine lecito e di comune utilità. Una associazione costituitasi per uno scopo illecito, per esempio per commettere furti, non sarebbe una valida società [4]; ogni socio potrebbe riprendere le cose che avesse conferite, ma non potrebbe chiedere il riparto dei lucri che si fossero conseguiti, talchè di essi profitterebbe il possessore. — Lo scopo della società deve inoltre essere utile: non è necessario però che l' utilità consista in un guadagno, potendosi i soci proporre validamente il conseguì-

---

[1] Ferrini, *Le origini del contratto di società in Roma*, nell' *Arch. giur.*, XXXVIII, 3-32; De Medio, *Contributo alla storia del contratto di società in Roma*, Messina 1901.

[2] Ulpianus, fr. 5, § 2, *pro socio*, XVII, 2: *Donationis causa societas recte non contrahitur.*

[3] Ulpianus, fr. 5, § 1: *Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius.* Pomponius, fr. 6; fr. 29 pr.; Ulpianus, fr. 52, §§ 2 e 7; Proculus, fr. 80, *pro socio*, XVII, 2. Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, II, § 317 e seg.

[4] *Rerum inhonestarum nulla est societas.* Ulpianus, fr. 57, *h. t.*, XVII, 2.

mento di altri vantaggi, per esempio l' uso comune di una cosa [1]. Infine lo scopo utile deve essere comune a tutti i soci [2]; altrimenti non esiste società, ma piuttosto un mandato.

Riguardo al terzo requisito essenziale, la società, essendo un contratto consensuale, si perfeziona col semplice consenso espresso in qualunque modo od anche tacito. È necessario che le parti convengano in tutti gli elementi necessari a costituire una società, che esista cioè l' *affectio societatis* [3].

DIVERSE SPECIE DI SOCIETÀ. — Le società si distinguono anzi tutto, riguardo al loro scopo, in *quaestuarie* e *non quaestuarie*, secondochè si propongano per fine un lucro, ovvero qualunque altro vantaggio.

Rispetto alle cose conferite si distinguono tre specie di società: *societates rerum*, *societates operarum* e *societates mixtae*.

Secondo il contenuto e l' estensione del rapporto in: *societates omnium rerum*, in cui tutti i soci convengono di porre tutti i beni loro presenti e futuri [4] in comune; in *societates*

---

[1] ULPIANUS, fr. 31, *pro soc.*, XVII, 2; Cod. Civ., art. 1697. Da questo articolo si rileva essere più limitato lo scopo che i soci si possono proporre, secondo il diritto patrio. Si richiede come elemento essenziale che lo scopo consista nel guadagno da trarsi dalle cose messe in comune e nella ripartizione di tale guadagno fra i soci.

[2] Art. 1698 Cod. civ.

[3] MODESTINUS, fr. 31, pr. *pro socio*, XVII, 2. Conosciuti i requisiti essenziali del contratto di società è facile distinguerlo dalla comunione. Ogni società suppone una comunione, non ogni comunione presuppone una società. La società è una convenzione e si fonda perciò sulla volontà delle parti, mentre la semplice comunione può aver luogo, oltrechè per convenzione, anche per caso, per disposto di legge o per liberalità di un terzo. La società inoltre deve avere uno scopo di comune utilità ed è destinata a durare finchè lo scopo sociale non siasi raggiunto; il che non accade nella comunione, di cui ognuno dei comunisti può sempre chiedere lo scioglimento. Infine nella società si ha considerazione alla persone dei soci, mentre nella comunione non si ha riguardo alla persona dei comunisti; da ciò deriva che la società, non la comunione, si scioglie per la morte di uno dei suoi membri.

[4] PAULUS, fr. 1, § 1: *In societate omnium bonorum omnes res, quae coëuntium sunt, continuo communicantur;* PAULUS, fr. 3, § 1 e ULPIANUS, fr. 73, *pro socio*, XVII. Nel diritto patrio la società universale di tutti i beni

quaestus lucri, compendii, in cui i soci convengono di porre in comune gli acquisti derivanti dai loro guadagni; non debbono pertanto essere comunicati in questa società gli acquisti a titolo gratuito o provenienti dalla fortuna, piuttostochè dalla attività dei soci [1]; in *societates unius rei, alicuius negotiationis,* per un certo genere di affari o per una o più cose determinate [2].

Diritti ed obblighi dei soci fra loro. — Ogni socio è tenuto a conferire ciò che ha promesso di porre in comune e a garantire le cose che ha conferite [3]. La questione se un socio abbia voluto conferire piuttosto il godimento che la proprietà di una cosa, è di fatto anzichè di diritto, e si deve risolvere secondo le speciali circostanze del caso. Ogni socio può amministrare gli affari sociali conformemente allo scopo della società, purchè gli altri soci non vi si oppongano [4]. Il socio amministratore è tenuto ad usare quella diligenza che adopera nelle cose proprie [5]; sicchè deve rendere conto della sua gestione, e pagare alla società gli interessi delle somme che impiegò a suo vantaggio o che ritenne troppo a lungo, senza che possa compensare i danni recati alla società coi vantaggi che le ha procacciati colla sua industria in altri affari [6]. Ogni socio ha diritto di partecipare ai lucri coll' obbligo di sopportare le

---

comprende soltanto i beni presenti; però i contraenti possono comprendervi anche i beni futuri, eccetto provenienti da successioni o donazioni, di cui soltanto l' uso e il godimento può farsi entrare in società. Art. 1700, 1701 Cod. civ,

[1] Paulus, fr. 8; Ulpianus, fr. 11; Paulus, fr. 13; Ulpianus, fr. 53 e Paulus, fr. 71, § 1, *pro socio,* XVII, 2.

[2] Ulpianus, fr. 5, pr. e fr. 58, *pro socio,* XVII, 2; Cod. civ. art. 1700.

[3] Paulus, fr. 1, § 1; fr. 3 pr.; Ulpianus, fr. 52, §§ 8 10; fr. 52, § 2; Paulus, fr. 84, *pro socio,* XVII, 2; Cod. civ., art. 1709.

[4] Papinianus, fr. 28, *comm. divid.,* X, 3; Cod. civ., art. 1723.

[5] § 9, Inst., *de soc.,* III, 25; Ulpianus, fr. 52, § 2 e Gaius, fr. 72, *pro socio,* XVII, 2.

[6] Paulus, fr. 25 e Ulpianus, fr. 26, *pro socio,* XVII, 2; Cod. civ., art. 1714.

perdite [1]. Quando nel contratto di società non siasi determinata la misura, in cui ciascuno dei soci debba partecipare ai vantaggi ed alle perdite, la ripartizione degli uni e delle altre fra i soci si fa a porzioni eguali [2]. I soci però possono stabilire una diversa misura di ripartizione [3] e possono perfino convenire che uno di essi partecipi ai lucri e non alle perdite [4]. Al contrario sarebbe nulla la società in cui si fosse convenuto che uno dei soci avesse ad essere escluso da qualunque partecipazione ai lucri e dovesse insieme partecipare alle perdite [5].

Per ottenere l'esecuzione delle obbligazioni derivanti dal contratto di società, spetta a ciascuno dei soci contro gli altri l'*actio pro socio*, che è azione di buona fede. Il convenuto con questa azione gode del *beneficium competentiae* [6]. Se esso viene

---

[1] § 2, Inst., *de soc.*, III, 25; ULPIANUS, fr. 29, §§ 1-2 e fr. 52, § 4, *pro socio*, XVII, 2.

[2] § 1, Inst. *de soc.*, III, 25; GAI, III, § 150; ULPIANUS, fr. 29, pr. *pro socio*, XVII, 2: *Si non fuerint partes societate adiectae aequas eas esse constat.* Al contrario, nell'art. 1717 il legislatore italiano dispone che in tale ipotesi la parte di ogni socio è in proporzione di quanto ciascuno ha conferito pel fondo sociale.

[3] ULPIANUS, fr. 29, pr., *cod.*: *Si vero placuerit ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, han valet? Placet valere...*

[4] GAI, III, 149: *Magna autem quaestio fuit an ita coiri possit societas ut is qui maiorem partem lucretur minorem damni praestet. Quod Q. Mucius contra naturam societatis esse extimavit. Sed Ser. Sulpicius, cuius etiam prevaluit sententia, adeo ita coire posse existimavit, ut dixerit illo quoquo modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat...* § 2, Inst., *de soc.*, III, 25. Non concorda con questo principio l'art. 1719 del Cod. civ., ove dichiararsi nulla la convenzione per cui i capitali o effetti posti in società da uno o più soci si dichiarassero esenti da qualunque contributo nelle perdite.

[5] Le società di tal genere dicevansi leonine. ULPIANUS, fr. 29 §§ 1, e 2: *Aristo refert Cassium respondisse societatem coiri talem non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse.* PAULUS, fr. 30, *pro socio*, XVII, 1; Cod. civ., art. 1719.

[6] Vedi il § 115 e ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 925, nota 5 e § 318.

condannato per dolo incorre nell' infamia [1]; essendo l' *actio* appartenente al numero delle *famosae.*

DIRITTI ED OBBLIGHI DEI SOCI VERSO I TERZI. — Il contratto di società non dà vita ad una persona giuridica distinta dalle persone dei singoli soci; per conseguenza i diritti e gli obblighi, che la società ha verso i terzi, si risolvono in quelli che ha ciascuno dei soci individualmente. La questione se e quando i soci abbiano diritti ed obblighi verso i terzi si decide secondo i principii generali. Quando un solo socio od alcuni di essi abbiano contrattato coi terzi nell' interesse della società, senza aver avuto facoltà di rappresentare gli altri, il rapporto obbligatorio che ne deriva, vincola soltanto quelli fra i soci che l' hanno posto in essere [2]; ed i terzi potranno rivolgersi contro gli altri soci soltanto con l' *actio negotiorum gestorum* o coll'*actio de in rem verso* nei casi in cui queste azioni si possano esercitare. Quando invece tutti i soci abbiano insieme contrattato coi terzi, ciascuno di essi diviene creditore o debitore verso i terzi secondo le rispettive porzioni sociali [3].

SCIOGLIMENTO DELLA SOCIETÀ. — La durata della società deve essere a tempo [4]. Essa si estingue: 1° per lo spirare del tempo per cui fu contrattata se non sia protratta espressamente o tacitamente [5]; 2° pel compimento dell' affare che ne costituiva l'oggetto [6]; 3° per la volontà comune di tutti i soci [7], 4° per

---

[1] JULIANUS, fr. 1 e ULPIANUS, fr. 6, § 6, *de his qui notantur infamia*, III, 2.

[2] PAPINIANUS, fr. 82, *pro socio*, XVII, 2; Codice civile, articoli 1726-1727.

[3] PAULUS, fr. 5, pr. *de eserc. act.*, XIV, 1; fr. 44, § 1, *de aedil. ed.*, XXI, 1. Secondo il Codice civile, art. 1727, ciascun socio è obbligato per porzioni virili.

[4] PAULUS, fr. 70, *pro socio* XVII, 1: *Nulla societatis in aeternum coitio est*; fr. 14, § 3, *comm. divid.*, X, 3: *Si conveniat ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimus est.*

[5] PAULUS, fr. 1, pr. e fr. 65, § 6, *pro socio*, XXII, 2; Cod. civ., art. 1729, n. 1.

[6] § 6, Inst., *de soc.*, III, 25; PAULUS, fr. 65, § 10, *pro socio*, XXII, 2; Cod. civ., art. 1729, n. 2.

[7] ULPIANUS, fr. 63, § 10 e PAULUS, fr. 65, § 3, *pro socio*, XVII, 2.

la rinunzia di uno o più soci quando la durata della società sia senza limite, purchè la rinunzia non sia fatta fuori di tempo, nè coll' intenzione di privare la società di un vantaggio che avesse diritto di aspettarsi [1]; ove al contrario la durata della società sia limitata ad un certo tempo, il socio che rinunzia libera bensì gli altri dagli obblighi verso di lui, ma non se stesso da quelli verso gli altri soci, a meno che non possa addurre a suo favore gravi motivi [2]. *Indipendemente dalla volontà dei soci* si scioglie la società: 1° per la morte di un socio, per la *capitis deminutio maxima* o *media*, per il fallimento o la confisca dei beni di uno dei soci [3]; 2° per qualsiasi avvenimento che renda impossibile conseguire lo scopo sociale [4].

Sciogliendosi la società può accadere che quello fra i soci, che ha contrattato coi terzi nell' interesse della società, fruisca d' una posizione troppo vantaggiosa o sia esposto ad una responsabilità troppo grave. A impedire tali inconvenienti provvede il fr. 27, *pro socio*, XVII, 2 [5].

§ 139.

Mandato [6].

NOZIONE E REQUISITI. — Il mandato è un contratto consensuale, in forza del quale una persona *(mandatario)* si obbliga verso un' altra *(mandante)* a trattare gratuitamente qualche affare di cui quest' ultima l' incarica.

---

[1] ⅋ 4 Inst., *de soc.*, III, 25 e PAULUS, fr. 65, ⅋ 3, *pro socio*, XVII, 2; Cod. civ., art. 1729, n. 5; art. 1733-1734.

[2] Fr. 14 15, 16 e 65, ⅋ 1, *pro socio*, XVII, 2; Cod. civ. art. 1735.

[3] MODESTINUS, fr. 4, ⅋ 1; PAULUS, fr. 65, ⅋⅋ 1 e 12, *pro socio*, XVII, 2; ⅋⅋ 7 e 8. Inst., *de soc.*, III, 25; Cod. civ., art. 1729, n. 3 e 4 e Cod. di comm., art. 189-191. Vedi il FERRINI, loc. cit.

[4] ULPIANUS, fr. 58 e 63, ⅋ 10, *pro socio*, XVII, 2; Codice civile, art. 1729 n. 2.

[5] SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, 2. edizione. Firenze 1899, pag. 7 e seg. Vedi anche nell' *Archivio giur.*, XLIII, 322.

[6] HAEDICKE, *Depositum und Mandat*, Rostock 1904.

I requisiti del mandato sono tre: il consenso, un affare da compiersi e la gratuità.

1° *Il consenso.* Il mandato, essendo un contratto consensuale, si perfeziona col solo consenso, sia espresso che tacito, senza bisogno di alcuna formalità [1].

2° *L'affare*, oggetto del mandato, dev'essere lecito ed onesto [2]; deve essere certo e giuridicamente possibile ad eseguirsi dal mandatario. Di più è necessario che l'affare sia da eseguirsi e non già eseguito [3], e che sia tale da potersi ritenere che il mandante lo faccia egli stesso per mezzo del mandatario [4]. Infine l'affare non deve interessare esclusivamente il mandatario; altrimenti costituirebbe un semplice consiglio senza efficacia giuridica [5].

3° *La gratuità* è un requisito essenziale del mandato; se viene pattuito un compenso per i servigi che il mandatario dovrà prestare al mandante, il contratto degenera in una locazione di opere [6].

Si distinguono varie specie di mandato. Rispetto alla manifestazione del consenso, il mandato, come vedemmo, può essere espresso o tacito. La ratifica equivale al mandato espresso [7].

---

[1] PAULUS, fr. 1; ULPIANUS, fr. 6, § 2, e PAPINIANUS, fr. 53, *mand.*, Cod. civ., art. 1738.

[2] ULPIANUS, fr. 6, § 3. *rei turpis nullum mandatum est;* fr. 12, § 11; PAULUS, fr. 22, § 6, *mand.*, XVII, 1.

[3] ULPIANUS, fr. 12, § 14, *mandati*, XVII, 1.

[4] §§ 1-7, Inst., *de mandato*, III, 26.

[5] GAIUS, fr. 2; ULPIANUS, fr. 6. §§ 4-5 e fr. 8. § 6. *mandat.*, XVII, 1: *Mandati actio tunc competit cum coepit interesse eius qui mandavit: coeterum si nihil interest cessat mandati actio: et eatenus competit quatenus interest.*

[6] *Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces, interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit.* PAULUS, fr. 1. § 4. *mand.*, XVII, 1. Al contrario, secondo il Cod. civ. italiano, la gratuità è un elemento che si riferisce alla natura, non all'essenza del mandato (art. 1737-1739).

[7] ULPIANUS, fr. 60. *de reg. iur.*, L, 17; fr. 12. § 4. *de solut.*, XLVI, 1, (vedi § 152).

Relativamente all' estensione dell' affare, il mandato può essere *speciale*, se ha per oggetto un solo affare o più affari determinati [1], *generale*, se il mandatario deve trattare un complesso d' affari [2], o tutti gli affari del mandante *(procurator omnium bonorum)* [3]. Finalmente il mandato, riguardo alla persona nel cui interesse è dato, si distingue in *semplice* e *misto*; è semplice, quando torna utile al solo mandante; è misto, quando ridonda a vantaggio del mandante e del mandatario, o del mandante e di un terzo, o di tutte tre queste persone insieme [4].

Effetti del mandato fra mandante e mandatario. — Il mandato è un contratto di sua natura unilaterale, perchè uno solo dei contraenti, il mandatario, resta direttamente e necessariamente obbligato. Egli deve cioè eseguire l' incarico che il mandante gli ha dato. A tale scopo spetta al mandante l'*actio mandati*. Però l' esecuzione del mandato può accidentalmente far sorgere alcune obbligazioni del mandante verso il mandatario: questi può esigerne l' adempimento coll' *actio mandati contraria* [5].

Esaminiamo particolarmente le obbligazioni del mandatario e del mandante.

Obbligazioni del mandatario. — Gli obblighi del mandatario si riducono ai due seguenti: 1° Deve eseguire l' incarico

---

[1] Ulpianus, fr. 1, § 10, *de procur.*, III, 3; fr. 12, pr. *de solut.*, XLVI, 3.

[2] Paulus, fr. 60, *de procurat.*, III, 3; Cod. civ., art. 1740.

[3] Ulpianus, fr. 6, § 6, *mand.*, XVII, 1; fr. 12, pr. *de solut.*, XLVI, 3; fr. 12, *de pactis*, II, 14. Il mandatario, quantunque abbia ricevuto l' incarico di trattare tutti gli affari del mandante, non può per regola domandare a nome del mandante la restituzione in intiero (Gaius, fr. 25, § 1, *de minor.*, IV, 4), concludere una transazione o deferire il giuramento decisorio: Gaius, fr. 50, *de procur.*, III, 3; Paulus, fr. 17, § 3, *iureiur.*, XII, 2. Secondo il Codice civile italiano, il mandato di eseguire tutti o alcuni affari del mandante non comprende che gli atti di amministrazione quando è concepito in termini generali (art. 1741).

[4] § 4, Inst., *de mandat.*, III, 76. Sul *m. in rem propriam*, vedi § 121.

[5] Ambedue queste azioni erano infamanti.

avuto secondo l'indole del medesimo e le istruzioni avute [1]. Se eccede i limiti del mandato, non obbliga il mandante [2]. Può di regola sostituire a sè altra persona nell'esecuzione del mandato, ma rimane sempre responsabile verso il mandante, e tra il sostituito e il mandante non sorge alcun rapporto obbligatorio [3]. 2° Deve render conto al mandante della sua gestione e restituirgli tutto ciò che ha ricevuto per suo conto [4]. Nell'adempimento delle sue obbligazioni il mandatario è responsabile, non solo del dolo e della colpa lata, ma anche della colpa lieve, quantunque non ritragga alcun vantaggio dal contratto [5].

Obbligazioni eventuali del mandante. — Il mandante può esser obbligato:

1° A rimborsare le spese e le anticipazioni che il mandatario abbia fatto nell'esecuzione leale del mandato, anche quando il risultato dell'affare non sia stato soddisfacente per circostanze non imputabili al mandatario [6]. 2° A tenere indenne il mandatario delle perdite sofferte come conseguenza *necessaria* degli assunti incarichi [7], e a pagare al medesimo gli interessi

---

[1] § 11, Inst., *de mand.*, III, 26; Paulus, fr. 5, § 1 e fr. 22, § 11, *mandati*, XVII, 1; Cod. civ., art. 1745.

[2] Paulus, fr. 5, pr. *mandati*, XVII, 1: *Diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur.*

[3] Paulus, fr. 21, § 3 e Javolenus, fr. 28, *de negotiis gest.*, III, 5, Ulpianus, fr. 8, § 3, *mand.*, XVII, 1. Diversamente dispose il Cod. civ. nell'art. 1748.

[4] Gaius, fr. 16, § 4, *de procurat.*, III, 3; Ulpianus, fr. 8, § 9; fr. 10, §§ 2, 3 e 8; Paulus, fr. 20, pr. *mand.*, XVII, 1; Cod. civ. art. 1747.

[5] Const. 11, 13 e 21, *mandati*, IV, 35; Ulpianus, fr. 8, §§ 9-10 e fr. 10 e 29, *mand.*, XVII, 1. Secondo il Codice civile italiano, la responsabilità del mandatario relativamente alla colpa è applicata meno rigorosamente quando il mandato è gratuito che quando è salariato (art. 1746).

[6] Ulpianus, fr. 10 § 9 e fr. 12, § 9; Gaius, fr. 27 e fr. 45 e Papinianus, fr. 56, § 4, XXII, 1; Const. 1, *mand.*, V, 1, 35; Cod. civ., art. 1753 e seguenti.

[7] Paulus, fr. 26, 6 e Gaius, fr. 45, *mand.*, XVII, 1; Africanus, fr. 61, § 5, *de furtis*, XLVII, 2. Secondo l'art. 1754 del Codice civile, l'obbligo di risarcimento si estende anche alle perdite sofferte per occa-

delle somme da essi anticipate [1]. 3° A liberare il mandatario da tutte le obbligazioni che abbia per avventura contratte nell'esecuzione del mandato [2]. Anche il mandante è responsabile di ogni grado di colpa.

EFFETTI DEL MANDATO FRA I CONTRAENTI E I TERZI. — In diritto nuovo il mandante ha un'azione utile contro i terzi per esigere l'esecuzione delle obbligazioni da essi conchiuse col mandatario. Alla loro volta i terzi possono agire o *direttamente* contro il mandatario che resta verso di essi personalmente obbligato, o *utiliter* contro il mandante [3].

ESTINZIONE DEL MANDATO. — Il mandato si estingue:

1° Per l'adempimento dell'incarico.

2° Per la concorde volontà delle parti.

3° Per la morte del mandante o del mandatario, essendo il mandato un contratto in cui si ha speciale riguardo alla persona dei due contraenti [4].

4° Per revoca del mandante, purchè sia fatto *re integra*. Se l'affare era già cominciato, la revoca vale sempre ad impedire la continuazione, ma il mandante deve tenere indenne il mandatario delle spese anticipate e dei danni sofferti [5].

---

sione del mandato: tale estensione non era ammessa nel diritto romano. PAULUS, fr. 26, § 7, *mand.*, XVII, 1.

[1] ULPIANUS, fr. 11, § 9, *mandati*, XII, 1; Cod. civ., art. 1755.

[2] PAULUS, fr. 45, §§ 1-5, *mand.*, XVII, 1. Arg. art. 1725, 1754 del Codice civile.

[3] POMPONIUS, fr. 11, pr. *de negotiis gestis*, II, 5; ULPIANUS, fr. 10, § 5, *mandati*, XVII, 1. Vedi più sopra, § 107. Secondo il Codice civile italiano, il mandatario che agisce in nome del mandante non resta personalmente obbligato verso i terzi coi quali contratta: questi possono agire soltanto contro il mandante, ed alla sua volta il mandante esercita le sue azioni direttamente contro di loro.

[4] § 10, Inst., *de mandat.*, III, 26. Il mandatario però può esercitare l'*actio mandati contraria* contro gli eredi del mandante, se ha continuato l'affare, quando non sapeva che il mandante era morto. Cfr. articolo 1762 del Codice civile. È inoltre tenuto a terminare l'affare già cominciato al tempo della morte del mandante se dal ritardo possa derivare pericolo (art. 1745).

[5] § 10, Inst., *de mandat.*, III, 26; ULPIANUS, fr. 12, § 16, *mandat.*, XVII, 1. È valido però ciò che fa il mandatario in esecuzione del man-

5° Per rinunzia del mandatario. Quando fosse fatta dopo aver cominciata l'esecuzione del mandato *(re non integra)*, ed il mandatario non avesse avuto giuste ragioni per rinunziare, resterebbe tenuto per tutti i danni che il mandante potesse soffrire [1].

CAPO XI.

Contratti innominati.

§ 140.

Dei contratti innominati in generale [2].

I contratti dei quali trattammo nei quattro capi precedenti, cioè i contratti verbali, letterali, reali e consensuali, si chiamano *nominati;* essi erano forniti di azione già nel diritto antico. Ma vi possono essere molte convenzioni che hanno per oggetto prestazioni reciproche delle parti contraenti e che, senza essere assolutamente identiche ad alcuno dei contratti nominati, hanno però coi medesimi una certa somiglianza, come, per esempio, la permuta che somiglia alla compra vendita. Siffatte convenzioni, siccome non appartenevano a nessuna categoria dei contratti nominati, non producevano nel diritto antico alcuna obbligazione civile e quindi nessuna azione; ma in progresso di tempo si formò il principio che quella delle parti, che dal canto suo avesse eseguito la convenzione, potesse intentare un'azione contro l'altra per costringerla ad ese-

---

dato dopo la revoca; ma prima che la revoca stessa sia pervenuta a sua notizia. PAULUS, fr. 15, *mand.*, XVII, 1; Cod. civ., art. 1762.

[1] §§ 9 e 11, Inst., *de mand.*, III, 26; PAULUS, fr. 22, § 11, fr. 23-25 e GAIUS, fr. 27, § 2, *mand.*, XVII 1; Cod. civ., art. 1761.

[2] ACCARIAS, *Théorie des contracts innommés*, Arras 1886; KNIEP, *Praescriptio und pactum;* SCHLOSSMANN, *Praescriptiones und praescripta verba*, Leipzig 1907; AUDIBERT, *Les différents noms de l'action praescriptis verbis*, nel volume *Aus. römischem und bürgerlichem Recht* (in onore di E. I. Bekker), Berlin 1908.

guire essa pure l'obbligazione che si era imposta. Così, per esempio, chi aveva dato una cosa ad alcuno verso la promessa di averne in cambio un'altra, poteva agire contro quest'ultimo per ottenere l'esecuzione della sua promessa.

La *causa* sufficiente per far nascere un'obbligazione civile si trovò nella somiglianza che tali convenzioni avevano coi contratti nominati, congiunta all'effettiva prestazione già eseguita da una delle parti; ma per la immensa latitudine di questo principio e per la grande varietà di cui simili convenzioni erano capaci, non sembrò nè conveniente nè possibile dare un nome proprio e speciale a ciascuno di esse. I giureconsulti romani si limitarono a classificarli in modo assai generale giusta il tenore del loro obbietto, secondochè le prestazioni convenute consistevano in un reciproco dare o fare, o in un dare da una parte ed in fare dall'altra [1]. I moderni le comprendono sotto l'espressione di contratti *innominati*.

Alla formazione di un contratto innominato sono necessarie le seguenti tre condizioni. In primo luogo si richiede che una prestazione sia stata fatta da una persona ad un'altra; in secondo luogo che codesta prestazione sia stata fatta allo scopo di eseguire una convenzione anteriore o concomitante e che questa convenzione obblighi l'altra parte ad effettuare una prestazione reciproca; e finalmente si richiede che la convenzione non costituisca un contratto nominato [2].

Dalle cose dette risulta che il contratto innominato non è che una trasformazione di una convenzione sinallagmatica che,

---

[1] PAULUS, fr. 5. pr. *de præscr. verb.*, XIX. 5: *In hac quæstione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus; aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias.*

[2] Così, per esempio, la compra e vendita non entra nella classe dei contratti innominati: eseguita o no, essa obbliga tostochè vi ha accordo sulla cosa e sul prezzo. Così pure il mutuo non potrà mai entrare nella classe dei contratti innominati. Ed infatti: o la numerazione del denaro non ha avuto luogo od allora manca la prestazione necessaria per costituire il contratto innominato; o il denaro è stato numerato, ed allora esiste un contratto nominato (vedi il § 105).

in origine destituita di azione, è stata eseguita dall' una delle parti ed in conseguenza è divenuta obbligatoria per l'altra. Fino a tanto che la convenzione resta ineseguita da entrambe le parti il diritto romano, fedele al suo principio, non ne tien conto: ma, eseguita che sia da una delle parti, questa ha l' *actio praescriptis verbis* per chiederne l'adempimento anche dall'altra parte. Che se quest' ultima non eseguisce la sua promessa, colui che diede qualche cosa in vista della controprestazione, ora mancata, può ripetere ciò che dette, mediante la *condictio causa data causa non secuta* [1].

§ 141.

Principali contratti innominati.

Alcuni contratti innominati d' una applicazione più frequente ebbero di fatto una denominazione speciale: tali sono la permuta, il contratto estimatorio ed il precario.

Della permuta [2]. — La permuta è quel contratto per cui uno riceve una cosa da un altro e si obbliga a darne un' altra in sua vece. Essa è il principale tra i contratti innominati, presenta il tipo di contratto *do ut des* ed ha grande analogia colla compera e vendita; ma se ne distingue per le ragioni seguenti:

1° Il venditore non è tenuto che a trasferire il pacifico possesso della cosa; i permutanti invece sono obbligati a trasferirsi reciprocamente la proprietà delle cose permutate.

2° Nella permuta la tradizione della cosa trasferisce la proprietà nell' accipiente, quand' anche questi si astenga da dare alla sua volta in contracambio ciò che deve; nella compera e vendita al contrario il compratore non acquista di regola la proprietà finchè egli non ha sborsato il prezzo.

---

[1] Fr. 1, 2 e 3 §§ 2-3; fr. 5, pr. §§ 1-2; fr. 7, § 1; fr. 13 e 16, *causa data caus. non sec.*, XII. 4; Paulus, fr. 5, § 1 e Papinianus, fr. 7, *de praescr. verb.*, XIX. 5; Cod. civ., art. 1165.

[2] Paulus, fr. un., *de rer. perm.*, XIX. 4.

3° La permuta, come contratto innominato, contiene implicitamente la condizione risolutiva tacita, garantita dalla *condictio causa data causa non secuta*, pel caso che l'altra parte non adempia la sua obbligazione, mentre nella compera e vendita l'inesecuzione del contratto non autorizza a chiederne la risoluzione, e dà diritto unicamente ad ottenere un risarcimento di danni [1].

4° Nella permuta vien data una cosa per averne un'altra, nella compra-vendita una cosa per avere del denaro contante [2].

5° In diritto romano la permuta, a differenza della compra-vendita, non era perfetta che mediante la tradizione [3].

6° Nella permuta non ha luogo la rescissione per lesione [4].

Ha però in comune con la vendita le regole riguardanti i vizi occulti dalla cosa trasmessa, il *periculum* e il *commodum* che fino alla consegna sta a carico del creditore, e l'evizione.

DEL CONTRATTO ESTIMATORIO [5]. — Il contratto estimatorio è quel contratto innominato, mediante il quale si dà a taluno una cosa, affinchè la venda per un prezzo determinato *(vendendum dare)* e procuri quel prezzo al tradente, ovvero gli restituisca la cosa [6].

DEL PRECARIO [7]. Il precario è quel contratto mediante cui

---

[1] Il Codice civile (ar. 1165) riconosce la condizione risolutiva come sottintesa in tutti i contratti bilaterali.

[2] § 2, Inst., *de locatione*, III, 23 [24].

[3] PAULUS, fr. 1, § 2, *de rers perm.*, XIX, 4. Nel diritto moderno la permuta si perfeziona mediante il semplice consenso, e quindi non ha più luogo la *condictio causa data causa non secuta*, e il pericolo della cosa passa senz'altro all'acquirente (Cod. civ., art. 1549).

[4] Cod. civ., art. 1554.

[5] DE MEDIO, *Il « Contractus aestimatorius »*, Messina 1900: WENDT, *De aestimato*, negli *Ihering's Jahrbücher*, XXII, 377 e seg.; CHAMBON, *Die Lehre von dem contr. aest.*, nei *Beitr. zum Obligationenrecht*, I, Jena 1851; L. COVIELLO, *Del contratto estimatorio*, Napoli 1893.

[6] ULPIANUS, fr. 1, *de aestim.*, XIX, 3.

[7] SCIALOJA, *Sopra il precarium nel diritto romano*, Torino 1878 e *Il possesso del precarista*, negli *Studi dell' VIII Centenario dell' Università di Bologna*, Roma 1888; UBBELOHDE, *Ueber das Precarium*, nell'*Archiv. f. civilistiche Praxis*, LIX, 121-279.

taluno concede ad un altro l'uso gratuito di una cosa, colla facoltà di revocarla a suo piacimento [1]. Tale contratto ha una importanza minima nel diritto giustinianeo dove è sanzionato dall'*actio praescriptis verbis* [2].

CAPO XII.

Dei patti [3].

Le convenzioni, prive di forme che non appartengono alla categoria dei contratti nominati o innominati, si chiamano patti *(pacta, pactiones, pacta conventa)*. In origine i patti non avevano forza obbligatoria, ma nel progresso di tempo alcuni di essi vennero rivestiti di azione: di qui la distinzione di patti nudi e di patti vestiti (§ 105).

I patti vestiti divennero tali o per interpretazione dei giureconsulti, o per opera dei pretori o in forza di costituzioni imperiali; e perciò si distinguono (benchè meno esattamente) in *pacta adiecta, pacta praetoria* e *pacta legitima*.

§ 142.

Patti adietti.

Una convenzione che per se stessa non è civilmente obbligatoria può divenirlo come patto accessorio di un contratto civilmente riconosciuto. In tal caso il patto è una parte integrante del contratto principale, serve a modificarlo, ed è ga-

---

[1] ULPIANUS, fr. 1, pr.: *precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concedit patitur*; § 3 e CELSUS, fr. 12, § 1, *de prec.*, XLIII, 26.

[2] ULPIANUS, fr. 2, § 2 e JULIANUS, *de precar.*, XLVI, 26.

[3] MANENTI, *Appunti critici sulla teoria generale dei patti*. Siena 1891; SACCHI, *Sulla teoria generale dei pacta*, nell'*Archivio giur.*, LIV, 3-52;

rantito dalla medesima azione: donde la regola « *pactum inest conctractui* ». Il diritto romano ammette ciò in modo assoluto pei patti che limitano la obbligazione, ma i patti che la estendono non operano di pien diritto che sotto due condizioni: *a*) che il contratto principale sia di buona fede; *b*) che il patto accessorio sia stato aggiunto al momento in cui fu conchiuso il contratto principale.

I più importanti patti adietti sono:

1° Il patto di riscatto [1], *pactum de retrovendendo*, con cui il venditore si riserva il diritto di riprendere la cosa venduta, sia al medesimo prezzo, sia mediante il pagamento di un altro prezzo, determinato o da determinarsi [2]. Se il compratore vendesse la cosa a persona diversa da quella con la quale stipulò il patto, quest'ultima non potrebbe rivendicarla dalle mani del terzo, ma avrebbe soltanto un'azione personale contro il violatore del patto [3]. Opposto a quello testè descritto è il *pactum de retrovendendo*, col quale il compratore si riserva il diritto di obbligare il venditore a ricomprare la cosa.

2° Il patto di prelazione, *pactum protimiseos*, per cui le parti convengono che qualora il compratore rivenda la cosa, il venditore abbia la preferenza sopra ogni altra persona, a parità di condizioni. Se il compratore viola il patto, è obbligato ad indennizzare il venditore, ma questi non ha azione reale contro i terzi [4].

Ferrini, *Sulla teoria generale dei pacta*, nel *Filangeri*, XII, 2. Il Manenti tentò una vera rivoluzione contro la tradizionale teoria dei commentatori e contro tutto quanto il diritto delle obbligazioni, facendo consistere il *pactum* nella rinunzia all'esercizio di un diritto già acquisito od eventuale. A lui contrastò il Ferrini con validi argomenti. E gli uni e gli altri vedili riassunti, ordinati e discussi dal Sacchi.

[1] Svella, *Il patto di riscatto della compra-vendita*, Catania 1892.

[2] Proculus, fr. 12, *de praescr. verb.*, XIX, 5; Const. 2, *de pact. inter empt. et vend.* IV, 54. Vedi Glück, lib. XVIII, tit. 1, § 997.

[3] Secondo il Codice civile, invece, il venditore che ha pattuito il riscatto può promuoverne l'azione contro i terzi acquirenti (art. 1520).

[4] Hermogenianus, fr. 75, *de contr. empt.*, XVIII, 1; Paulus, fr. 21, § 1, *de act. empt. vend.*, XIX, 1. Vedi Glück, libro XVIII, pag. 474 e seg.

3° Il patto del miglior compratore, *addictio in diem*, per cui le parti convengono che la vendita sarà considerata come non avvenuta, se il venditore desidera profittare di un'offerta migliore. Se, come nel dubbio si presume, il patto è stato apposto alla vendita come condizione risolutiva, il venditore, cui si presenti un altro compratore a condizioni migliori, che il primo compratore non voglia uguagliare, può rivendicare la cosa in mano al terzo e riprendersela libera da qualunque *ius in re* [1]

4° Il patto commissorio, *lex commissoria* [2], col quale si fa dipendere la validità del contratto del pagamento del prezzo entro un determinato tempo, o da altra circostanza. Questo patto può essere apposto a tutti i contratti fuorchè a quello di pegno (vol. I, § 95); nella compera e vendita viene di regola apposto a favore del venditore non pagato. Esso può venire aggiunto come condizione sospensiva, o, ciò che nel dubbio si presume, come condizione risolutiva [3]. È perciò il costituto non rappresenta una forma di novazione [4], nè equivale al pagamento [5]. Ciò non toglie che l'adempimento del costituto produca anche la estinzione dell'obbligazione principale ma soltanto perchè, la causa dell'uno e dell'altra essendo unica, non

---

[1] Paulus, fr. 1; Ulpianus, fr. 1, pr.; fr. 4, §§ 3, 4 e 6; Pomponius, fr. 5; Ulpianus, fr. 6, § 1; Paulus, fr. 7; fr. 8; fr. 14, § 5 e Pomponius, fr. 15, § 1, *de in diemm add.*, XVIII, 2; cfr. Paulus, fr. 2, § 4, *pro empt.*, XLI, 4 e Ulpianus, fr. 41, pr. *de rei vind.*, VI, 1.

[2] Sacchi, *Sul patto commissorio in diritto romano*, nell'*Archivio giur.*, LX, 189-232 e 445-487.

[3] Ulpianus, fr. 1 e Scaevola, fr. 8 *de lege commiss.*, XVIII, 3; Const. 1, *de pact. inter empt. et vend.*, IV, 54. Vedi la nota precedente.

[4] Non rappresenta una forma di novazione, perchè nelle fonti è detto chiaramente restare ferma l'obbligazione di colui per il quale si fece il *receptum* o *constitutum*, fino al punto che il figlio di famiglia obbliga sè col costituto, pur senza liberare il padre a cui favore lo fece. Gaius, fr. 28, *de pec. const.*, XIII, 5 e Ulpianus, fr. 15, *de in rem verso*, XV, 3.

[5] Non equivale al pagamento perchè appunto il pagamento non può essere liberatorio in ogni caso.

si potrebbe duplicare il credito o il debito derivanti dall' una o dall' altra [1]. Il *constitutum* ha pertanto più che altro, nella pratica, uno scopo dilatorio per calmare le pretese di un creditore, il quale sa anticipatamente che non sarà pagato alla scadenza.

5° Il patto di pentimento, *pactum displicentiae*, col quale una delle parti o anche ambedue si riservano di recedere a piacimento dal contratto [2].

6° Il patto di non vendere, *pactum de non alienando*, pel quale il compratore di una cosa si obbliga a non venderla o assolutamente o ad una persona determinata [3].

7° Il patto anticretico, mediante cui il debitore concede al creditore l' uso o il godimento di una cosa invece di pagargli gli interessi.

8° Il patto di riserva d' ipoteca, *pactum reservatae hypothecae*, col quale il venditore si riserva una ipoteca sulla cosa venduta sotto fede di prezzo, appunto per la garanzia del pagamento del prezzo medesimo [4]. Il venditore può anche riservarsi il dominio fino al pagamento del prezzo e tal patto serve a constatare che la vendita non è stata fatta sotto fede di prezzo [5].

---

[1] La retta interpretazione dei fr. 8 e 10, *de pec. const.*, XVIII, 5, crediamo aver data nell' *Archivio giur.*, XVII, 401-410; XVIII, 13-14.

[2] Ulpianus, fr. 3, *de contr. empt.*, XVIII, 1; Paulus, fr. 2, § 5, *pro empt.*, 4, Const. 4, *de aed. act.*, IV, 58.

[3] Const., 7, *de verb. alien. non alienand.*, IV, 51.

[4] Ulpianus, fr. 1, § 4 e Paulus, fr. 2, *de reb. eor. qui sub. tut.*, XXVII, 9. In diritto nostro il venditore di un immobile ha l' ipoteca legale sull' immobile alienato per l' adempimento delle obbligazioni da parte dell' acquirente (Cod. civ., art. 1969).

[5] Il patto di riserbo di dominio non sospende il contratto di compra e vendita, per cui al compratore passa il rischio e pericolo (Javolenus, fr. 16, *de per. et. com.*, XVIII, 6); ma rimane sospesa la traslazione della proprietà (Ulpianus, fr. 20, *de precario*, XLIII, 26). Su tutta questa materia vedi Glück, *Pandette*, lib. XVIII, § 990 e seg.

§ 143.

Patti pretorii.

Sono patti pretorii quelli che il pretore ha munito di azione. I più importanti sono il patto d' ipoteca, il costituto, il *receptum arbitrii*, il *receptum nautarum et cauponum* e il *receptum argentariorum*.

Patto d' ipoteca. — Con esso si concede al creditore una ipoteca in garanzia del suo credito. Fra il patto d' ipoteca e il contratto di pegno v' ha questa essenziale differenza, che quello è indipendente dalla consegna della cosa [1].

Costituto [2]. — È quel patto col quale taluno promette ad un creditore l' esecuzione di un debito già esistente. Questo debito può essere del costituente medesimo o di un' altra persona: di qui la divisione in *constitutum debiti proprii* e *constitutum debiti alieni* [3]. Il primo serve specialmente a dare forza civilmente efficace ad una obbligazione naturale, o a fissare un altro termine ed un altro luogo di pagamento. Dal costituto nasce un' obbligazione nuova, che non annulla nè assorbe la precedente, con la quale anzi coesiste; dimodochè il creditore ha la scelta fra l' azione primitiva e quella del costituto [4]. Tale fatto è sanzionato dall' *actio constitutoria*.

Receptum arbitrii [5]. — L' accettazione fatta da un arbitro dell' incarico di giudicare una controversia fra due litiganti, che di comune accordo gliela sottopongono, dà vita all' obbligazione di pronunziare siffatto giudizio [6].

---

[1] Vedi § 135.

[2] Bruns, *Das const. debiti*, nelle *Kleinere Schriften*, I, 221-312, Weimar 1882; Valery, *Conjectures sur l' origine et les transformations du pacte de constitut*, nella *Revue générale du droit*, vol. XV-XVII; Fuchs, *Ueber das constitutum*, nell' *Arch. f. d. civilistiche Praxis*, XLII.

[3] Sul *constitutum debiti alieni*, vedi più sotto § 148.

[4] Ulpianus, fr. 18, § 1 e § 3, *de pec. const.*, XIII, 5.

[5] Matthias, *Die Entwicklung des röm. Schiedsgerichts*, 1888.

[6] Dig., IV, 8, *de receptis*.

Receptum nautarum et cauponum. — L' albergatore, l' oste, il capitano di nave, che ricevono nella loro rispettiva locanda, osteria, o nave, merci o bagagli, o che li fanno ricevere dai loro dipendenti, contraggono in forza dell' editto pretorio l' obbligo rigoroso di rispondere di qualunque danno o furto che colpisce le cose che essi hanno in custodia, semprechè il danno non provenga da colpa degli stessi viaggiatori o da forza maggiore [1].

Receptum argentariorum [2]. — Era un patto per il quale l' argentario si obbligava a pagare una determinata somma di denaro od altro ad un terzo per conto d' una persona. Appena giunto a perfezione il *receptum*, se l' argentario non dava esecuzione all' obbligazione assunta, il creditore aveva contro di lui l' *actio receptitia* per ottenere l' adempimento del contratto. Giustiniano abolì questo patto fondendolo col costituto.

§ 144.

Patti legittimi.

I patti, che volgarmente si chiamano legittimi, sono quelli rivestiti di azioni dalle costituzioni imperiali. I più importanti fra essi sono il compromesso, il patto di donazione e il patto dotale (§ 164).

Compromesso. — Il compromesso è una convenzione per la quale due o più persone si obbligano a sottoporre la decisione di una lite già insorta fra loro, o che è per insorgere, al giudizio di un terzo, che ha nome di arbitro [3]. Le parti devono obbedire alla decisione dell' arbitro, detta *arbitrium* o *laudum*.

---

[1] ULPIANUS, fr. 1. *nautae, caupones, stab.*, IV, 9: *Ait Praetor: Nautae, caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituerint, in eos iudicium dabo.* Vedi GLÜCK-LANDUCCI, *Pandette*, libro IV, 320 e seg.

[2] RASSELLO, nell' *Archivio giur.*, XLV, 3-38; ENRICO SERAFINI, *ibid.*, XLV, 553-559.

[3] Fr. 1, *de recept.*, IV, 8. Vedi GLÜCK, *Pandette*, lib. IV, 271-369.

A Roma solevasi adoperare la stipulazione di una penale per dare forza al compromesso. In difetto di tale stipulazione, la sentenza dell'arbitrio produceva una eccezione soltanto; ma in virtù di una costituzione di Giustiniano, qualora il lodo fosse sottoscritto dalle parti o non venisse impugnato nei dieci giorni successivi alla sua pronunzia, il riluttante ad osservarlo poteva essere costretto a farlo mediante un' *actio in factum* [1].

Patto di donazione [2]. — La donazione in senso lato è ogni concessione gratuita di diritti patrimoniali, che alcuno fa ad un altro allo scopo di addimostrargli benevolenza, senza che alcun dovere giuridico ve lo costringa, In istretto senso poi è quell'atto giuridico con cui taluno, mediante la diminuzione del suo e con l'intenzione di beneficare, aumenta il patrimonio d'un altro che accetta il beneficio. La donazione può effettuarsi in più modi, cioè trasferendo ad altri un diritto reale, cedendo un'azione personale a favore del donatario, liberandolo da un debito e via dicendo. Ma tutte queste specie di donazioni non costituiscono il patto di donazione, cioè la promessa di donare qualche cosa ad un'altra persona. Nel diritto antico una simile promessa, per essere civilmente efficace, doveva farsi mediante la forma solenne della stipulazione [3]; ma Giustiniano stabilì

---

[1] Const. 4, § 4 e Const. 5, *de recept.*, II, 56; Nov. 82, cap. 11.

[2] Ascoli, *Trattato della donazione*, Firenze 1898; e su di esso Brugi, nell'*Archivio giur.*, LXII (nuova serie, III, fasc. 3). Burckhard *Die Stellung der Schenkung in Rechtssystem*, Marburg 1891.

[3] I costumi e le leggi romane si mostrarono sempre molto severi riguardo alle donazioni e le circondarono di numerose restrizioni, tra le quali va specialmente notata la celebre *Lex Cincia de donis et muneribus* dell'anno 550 di Roma, la quale vietò le donazioni superiori ad una certa somma e stabilì che dovessero conchiudersi colla forma della mancipazione, nel doppio intento di provvedere agli interessi degli eredi legittimi e porre un argine alle inconsulte elargizioni colle quali il donatore si impoveriva. Nè questa legge fu mai esplicitamente abolita; certo essa era ancora in vigore ai tempi di Costantino, ma è probabile che i mutamenti operatisi nel trasferimento del dominio e in specie la scomparsa della *mancipatio* la facessero andare in dimenticanza. — Intanto, per dare più autenticità alle donazioni, si era a poco a poco introdotta la pratica di redigerle in iscritto, o farle trascrivere

che la semplice promessa di donare fosse valida, e la munì di un' azione per esigerne l' adempimento [1]: soltanto quando superasse i 500 solidi, essa doveva venire insinuata, sotto pena di nullità per tutto quanto eccedesse quella somma [2].

§ 145.

Patti nudi.

Diconsi *nudi* quei patti, i quali, secondo le idee romane, non producevano un' azione, ma soltanto una eccezione. Per dare efficacia civile a questi patti non c' era anticamente altra via

---

nei pubblici registri. Costanzo Cloro ridusse questa consuetudine a legge e Costantino elesse e generalizzò il provvedimento di suo padre, esigendo che una donazione, per essere perfetta, dovesse riunire sempre le tre condizioni seguenti, cioè: tradizione della cosa alla presenza di testimoni, redazione dell' atto in iscritto e sua registrazione (insinuazione). Questa legge di Costantino fu poi seguita da altre costituzioni imperiali che la confermarono o la modificarono. Vedi SCHUPFER, *Obbligazioni*, pag. 124; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 80 e seg.; ASCOLI, negli *Studi di storia e diritto*, vol. XIV e nel *Bullettino dell' Ist. di dir. rom.*, VI, 173-228; RE, *Storia delle solennità negli atti di donaz. del VI secolo di Roma fino ai nostri giorni*, nel *Giornale di giurispr. teor. pratica*, Roma 1870, I, 527-563. Giustiniano seguì la via opposta e, sotto certe restrizioni, accordò efficacia civile anche al semplice patto di donazione, che appunto per questo è diventato un patto legittimo: Const. 36, § 3, *de donat.*, VIII, 54 [53]. Anche il Codice italiano mostrossi severo riguardo alle donazioni, esigendo per la loro validità l' atto pubblico e l' accettazione ed assoggettandole a facili casi di rivocazione e riduzione (ar. 1050-1096). — Sul concetto della donazione vedi PEROZZI, nell'*Archivio giur.*, LVIII, 313-360 e 527-553; ASCOLI, nell'*Archivio giur.*, LIX, 42-66; BURCKHARD, *Zum Begriff der Schenkung*, Erlangen 1899, e su di esso BRUGI, nell'*Archivio giur.*, LXIII (nuova serie, IV), fasc. 1.

[1] La così detta *condictio ex lege 35 Cod. de donat.* [8, 54]. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, §§ 81 e 279. Il donante risponde unicamente della colpa lata e non può essere costretto a pagare gli interessi moratorii: di più esso può invocare il *beneficium competentiae*. MODESTINUS, fr. 22, *de donat.*, XXXIX, 5.

[2] Const. 34-35, *de donat.*, VIII, 54. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 81.

che quella di rivestirli della forma della stipulazione. In progresso di tempo, riconosciuti obbligatorii i contratti innominati, bastò all' uopo che una parte eseguisse la prestazione per cui si era obbligata (§ 140).

Fra i patti nudi meritano speciale menzione la transazione, il giuoco e la scommessa.

Transazione [1]. — È quel patto col quale le parti, facendosi delle reciproche concessioni, si accordano sopra qualche pretesa litigiosa o incerta. I Romani solevano rivestire la transazione della forma della stipulazione, ad allora l' *actio ex stipulatu* ne procurava l'esecuzione [2]. Allorquando con l'*actio praescriptis verbis* potevano farsi valere i contratti innominati, chi aveva eseguito ciò a cui si era obbligato per la transazione poteva costringere l' altra parte ad eseguire alla sua volta l' obbligazione propria. Se nessuno dei transigenti aveva eseguito la convenzione, la transazione non rivestita della forma della stipulazione non produceva, come patto nudo, alcuna azione, ma soltanto un' eccezione. In tal caso si poteva sperimentare l' azione, che si aveva anteriormente alla transazione, e se il convenuto opponeva l'eccezione della transazione, l' attore lo poteva respingere mediante *replicatio doli* [3].

La transazione può avere per oggetto il riconoscimento o l' estinzione totale o parziale del credito, od anche produrre o mettere fuori di contesa una obbligazione di una delle parti ad una prestazione determinata. La transazione che contiene la rinunzia ad un credito o a parte di esso libera il debitore come se la controversia fosse stata decisa da una sentenza [4]. La transazione può essere impugnata per dolo o per l' inesattezza di ciò che era stato supposto certo dai contraenti, non

---

[1] Oertmann, *Der Vergleich*, Berlin 1892; Bertolini, *La Transazione*, Torino 1899.

[2] Const. 21, *de pact.*, II, 3 e Const. 6, 38 e 33, *de transact.*, II, 4. Il Codice civile esige l' atto pubblico o la scrittura privata (art. 1314, n. 7).

[3] Const. 6, 28 e 30, *de trans.*, II, 4.

[4] Const. 20 e 31, *de trans.*, II, 4; Cod. civ., art. 1772.

mai perchè in appresso sia venuta meno l'incertezza dalla quale ebbe origine.

Giuoco e scommessa [1]. — Un senatoconsulto proibì di giuocare a danaro salvo nei giuochi di coraggio e di destrezza. I giuochi proibiti sono tanto odiosi alla legge, che non solamente non avvi azione per esigere la vincita, ma ben anco chi perde ha la facoltà di ripetere colla *condictio indebiti* quello che ha pagato [2]. Le scommesse in sè sono valide, quando non siano fatte per cause disoneste e non siano dolose, e non abbiano luogo nei giuochi proibiti. Dalle scommesse e dai giuochi non proibiti sorgeva una obbligazione naturale, cui per dare efficacia civile era necessario aggiungere la *stipulatio*, o trasformarli in un contratto innominato, consegnando cioè ad una delle parti la somma scommessa o la posta del giuoco. Più comunemente solevansi deporre e l'una e l'altra nelle mani di un terzo, che le teneva in deposito o in sequestro per consegnarle al vincitore.

---

[1] GLÜCK-MANENTI, *Pandette*, XI.

[2] PAULUS. fr. 2, § 1. *de aleat.*, XI, 6: *Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere; praeterquam si quis certet hasta vel pilo iacendo vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat.* Const. 1. *de aleat.*, III. 43. Il Codice civile non accorda veruna azione pel pagamento di un debito di giuoco o di scommessa (art. 1802); ma a differenza del diritto romano vieta al perdente di ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi frode o dolo, o purchè il perdente non sia minore di età, interdetto o inabilitato (art. 1804). Eccettua poi dalla regola generale i giuochi che contribuiscono all'esercizio del corpo, accordando tuttavia facoltà al giudice di rigettare la somma impegnata nel giuoco o nella scommessa sia eccessiva (art. 1803).

CAPO XIII.

Convenzioni accessorie dirette ad assicurare l'esecuzione di una obbligazione.

§ 146.

Delle intercessioni in generale [1].

Di alcune convenzioni accessorie dirette ad assicurare l'esecuzione di un' obbligazione, quali, ad esempio, il contratto di pegno, il patto d' ipoteca, il giuramento promissorio, la caparra e la pena convenzionale, abbiamo già parlato in luogo più opportuno; qui parleremo delle varie specie di intercessioni.

Il vocabolo *intercessio*, nel senso volgare e generale, comprende ogni intervento di una persona in favore di un' altra; ma nel significato tecnico e proprio s' intende per intercessione l' atto pel quale taluno, senz' esservi obbligato, si assume, rispetto al creditore, il debito di un altro. Essa dicesi intercessione privativa o cumulativa, secondo che l'intercedente assume il debito altrui in luogo del vero debitore, o si obbliga insieme con lui accedendo alla sua obbligazione.

L' intercessione cumulativa, alla quale quì ci limitiamo è doppia: l' intercedente, cioè, può accedere all' obbligazione altrui in modo da essere obbligato col debitore primitivo in via principale, come nel caso della correalità, o soltanto accessoriamente, come nella fideiussione, nel costituto di debito altrui, e nel mandato qualificato.

---

[1] Decker, *Ueber den Begriff der Intercession*, nell'*Archiv. f. civ. Praxis*, XXVIII, 15.

§ 147.

Della fideiussione [1].

NOZIONE E STORIA. — La fideiussione è una promessa, fatta colla forma della stipulazione, al creditore di un' obbligazione altrui, di pagare in tutto o in parte il debito nel caso che il debitore non lo paghi nel termine stabilito o lo paghi soltanto in parte.

Avuto riguardo alla formula adoperata nella stipulazione, si distinguevano, secondo l' antico diritto, la *sponsio*, la *fidepromissio* e la *fideiussio* [2]; le due prime andarono in disuso,

---

[1] GIRTANNER, *Die Bürgschaft*, Jena 1850; HASEMBALG, *Die Bürgschaft*, Götting 1870; LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio*, 1907; BORTOLUCCI, *La fideiussione nell' Egitto greco-romano*, nel *Bull. Istit. dir. rom.*, XVII. Pel diritto moderno cfr. CORSI, *Della fideiussione*, Bologna 1889.

[2] Gli sponsori e fidepromissori non potevano accedere se non ad un contratto verbale (GAI., III, 119), mentre la fideiussione era applicabile anche ai contratti reali, letterali e consensuali e anche alle obbligazioni naturali. L' obbligazione degli sponsori e dei fidepromissori era strettamente personale e non passava nemmeno agli eredi; quella dei fideiussori, invece, si trasmetteva agli eredi. Tra più sponsori e fidepromissori c' era una specie di società stabilita dalla legge Apuleia, di maniera che se uno aveva pagato più della sua parte, poteva ripetere il di più dagli altri; anzi più tardi per la *Lex Furia de sponsu* la loro obbligazione si divise di pien diritto, sicchè ciascuno *ipso iure* fu responsabile soltanto *pro rata* (GAI., III, 121-122). Invece più fideiussori erano anticamente obbligati in solido, nè avevano alcuna azione di regresso; e solo Adriano accordò loro il beneficio di divisione, per cui ogni singolo fideiussore potè pretendere di non essere escusso che per la sua parte, purchè gli altri confideiussori fossero presenti e solventi (GAI. III, 121). La legge *Furia de sponsu* aveva introdotto anche un' altra distinzione, limitando le obbligazioni degli sponsori e dei fidepromissori a due anni, mentre quelle dei fideiussori erano perpetue. Un' altra stabilì che il creditore, disposto ad accettare dagli sponsori e fidepromissori, dovesse dichiarare pubblicamente e, prima di accettarli, per quale oggetto li riceveva a quanti ne avrebbe ricevuti: in difetto di che, essi potevano chiedere di essere liberati dall' obbligazione (GAI, III, 123). Tale disposizione non valeva

cosicchè nel diritto giustinianeo la fideiussione è l'unica forma di far sicurtà per mezzo della stipulazione.

Varie specie di fideiussione. — I fideiussori si obbligano a pagare, talvolta la totalità del debito *(fideiussor in omnem causam)* tal'altra soltanto la porzione che il creditore non riesca a riscuotere dal debitore principale: in quest'ultimo caso si parla di *fideiussores indemnitatis*. Inoltre si può essere fideiussore immediato, o soltanto fideiussore succedaneo. Quest'ultimo fa sicurtà al creditore pel fideiussore o la fa al fideiussore pel debitore principale [1].

Requisiti della fideiussione. — La fideiussione presuppone sempre la esistenza di un'obbligazione principale, la quale del resto può essere civile o naturale, presente o futura, liquida o illiquida [2]. Dalla natura accessoria della fideiussione risulta che essa non può mai riferirsi ad un obbietto diverso da quello dell'obbligazione principale, nè essere più estesa dell'obbligazione principale che serve a garantire [3].

Effetti della fideiussione. — Gli effetti della fideiussione dipendono anzitutto dal tenore del contratto; ma, salvo conven-

---

per la fideiussione. Una particolarità della *sponsio* era una più rigorosa azione di regresso introdotta dalla legge Publilia. Questa legge accordò allo sponsore, che aveva pagato e che dentro sei mesi non era stato rimborsato, l'*actio depensi*, la quale ammetteva senz'altro la *manus iniectio*, e il debitore rispondeva del doppio (Gai., III. 127; IV. 22, 25, 102, 186). Una legge Cornelia, attribuita a Silla, proibì sotto pena di nullità che taluno si obbligasse pel medesimo debitore verso lo stesso creditore, oltre ventimila sesterzi in un anno (Gai, III, 124-125); ma in seguito questa restrizione disparve (Papinianus, fr. 49, § 1, *de fidei.*, XLVI, 1).

[1] Ulpianus, fr. 4 pr.; fr. 8, § 12: *Pro fideiusore, fideiussorum accipi nequaquam dubium est.* Fr° 27, § 4, *de fidei.*, XLVI, 1.

[2] Julianus, fr. 16, § 3. *de fidei.*, XLVI, 1: *Fideiussor accipi potest quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur.* Ulpianus, fr. 6. fr. 6, § 2, *eod.*

[3] Gai., III. 126: *In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum fidepromissorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur.* Ulpianus, fr. 8, § 7 e Javolenus, fr. 42, *de fidei.* XLVI, 1.

zione in contrario, il fideiussore ha gli obblighi precisi del debitore principale [1].

In origine il creditore aveva il diritto di escutere, a suo arbitrio, o il debitore principale, o il fideiussore; ma Giustiniano mitigando l'asprezza dell'antico diritto, accordò al fideiussore il così detto *beneficium excussionis*, cioè la facoltà di esigere che il creditore escuta in precedenza il debitore principale [2], semprechè questi sia presente e solvente.

Nel caso che si abbiano più fideiussori, essi godono del *beneficium divisionis*, concesso da Adriano, in forza del quale chi fra essi fu convenuto per l'intero debito può pretendere che il creditore divida le sue azioni fra tutti i confideiussori che sono presenti e solventi al momento della contestazione della lite [3].

Un terzo ed ultimo benefizio è il *beneficium cedendarum actionum*, in forza del quale il fideiussore ha diritto di chiedere dal creditore, cui paga, la cessione delle azioni, che esso avrebbe potuto sperimentare contro il debitore principale e gli altri fideiussori [4].

Regresso del fideiussore contro il debitore principale ed i confideiussori. — Finchè il fideiussore non è giudizialmente intimato a pagare il debito che ha garantito, non ha diritto di muovere alcuna pretesa contro il debitore principale, ammenochè quest'ultimo non siasi obbligato a liberarlo entro un certo tempo dalla mallevadoria assunta o non abbia diminuite le garanzie che presentava al momento in cui si costituì malleva-

---

[1] Perciò esso risponde delle accessioni e delle mutazioni avvenute nell'oggetto del debito per colpa o per mora del debitore principale ed in ispecie degli interessi moratorii. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 354.

[2] Nov. 4, cap. 1. Anche pel Codice civile italiano il fideiussore non è tenuto a pagare se non in mancanza del debitore principale che deve essere preventivamente escusso a meno che il fideiussore siasi obbligato in solido col debitore (art. 1907).

[3] GAI., III, 121-122; PAULUS fr. 28 e PAPINIANUS, fr. 51, § 1, *de fidei.*, XLVI, 1.

[4] JULIANUS, fr. 17; PAULUS, fr. 36; MODESTINUS, fr. 39 e fr. 41, § 1, *de fidei.*; Nov. 4, cap. 1.

dore [1]. Ma appena il fideiussore è intimato dal creditore a pagare, può convenire il debitore principale affinchè lo rilevi, o lo rimborsi di ciò che è stato obbligato a pagar per lui. Per ciò può valersi:

1° Delle azioni che gli sieno state cedute dal creditore.

2° Dell' *actio mandati contraria*, se prestò la fideiussione col consenso del debitore.

3° Dell' *actio negotiorum gestorum contraria*, se la prestò ad insaputa di lui [2]. Affinchè il fideiussore possa conseguire dal debitore principale di esser rimborsato di quanto ha pagato per lui, è mestieri ch' egli abbia agito colla dovuta diligenza, e non abbia trascurato di provare al creditore che il suo credito era estinto [3]. — Tutti questi diritti, che ha il fideiussore contro il debitore principale, gli spettano anche contro gli altri confideiussori quando abbia pagato in loro vece.

§ 148.

Costituto di debito altrui [4].

Il costituto di debito altrui è un così detto patto pretorio, col quale taluno si obbliga a pagare un debito altrui [5]. Esso è di fronte al diritto pretorio quello che, di fronte al diritto civile, è la fideiussione: come questa è una intercessione cumulativa accessoria, e, salve alcune poche differenze che quì indicheremo, gli si applicano tutte le regole proprie della fideiussione.

---

[1] MARCELLUS, fr. 38, § 1, *Mandati*, XVII, 1; Const. 10, *mandati*, IV, 35; Cod. civ., art. 1919.

[2] ULPIANUS, fr. 4, pr. *de fidei.*, XLVI, 1; LABEO, fr. 43, *de negot. gest.*, III, 5; Cod. civ., art. 1915.

[3] ULPIANUS, fr. 29, §§ 1, 2 e 4, *mandati*, XVII; PAULUS, fr. 67, *de fidei.*, XLVI, 10, *mandati*, IV, 35; Cod. civ., art. 1919.

[4] Per la bibliografia cfr. a pag. 142.

[5] Vedi più sopra, § 143.

Le differenze sono:

1° Il costituto si conclude nel diritto classico senza formole solenni, laddove la fideiussione richiede la forma solenne della stipulaziope.

2° Se il costituente ha promesso di pagare più del debitore principale, la sua obbligazione non è totalmente nulla, come quella del fideiussore nel caso stesso, ma è valida fino all' ammontare del debito principale [1]: inoltre il costituente, a differenza del fideiussore, può promettere al creditore un oggetto diverso da quello promesso dal debitore principale, come può assumersi di pagare in luogo diverso da quello prima convenuto [2].

§ 149.

Mandato qualificato [3].

Il mandato qualificato è l' incarico che taluno dà ad un altro di fare un mutuo ad una terza persona, per la quale resta garante. Chi dà simile incarico *(mandator)* diviene responsabile delle conseguenze della commissione data, ed il mandatario, che l' ha eseguita, ha l' *actio mandati contraria* per ottenere da lui il rimborso di quanto ha pagato. Più *mandatores* sono obbligati in solido, ma ognuno di essi gode dei benefizi stessi dei quali godono i fideiussori.

Il mandato qualificato si distingue dalla fideiussione principalmente perchè esso precede sempre il debito che sta a garantire. Un' altra differenza si ha in questo, che il pagamento fatto dal *mandator* non estingue di pien diritto l' obbligazione

---

[1] Ulpianus, fr. 1, § 8; Julianus, fr. 2 e Ulpianus, fr. 11, § 1, *de prec. const.*, XIII, 5.

[2] Ulpianus, fr. 1, § 5; fr. 3, § 2; Paulus, fr. 4 e Ulpianus, fr. 5, pr. *de pec. const.*, XIII, 5.

[3] Coviello, L., *Del così detto mandato qualificativo nel dir. italiano vigente* nella *Critica Forense*, II, fasc. 12 e 13, Napoli 1892.

del debitore verso il mutuante. dal che deriva che il *mandator* anche dopo aver pagato il creditore può farsi cedere da esso le sue azioni contro il debitore ed anche agire *utiliter* contro quest' ultimo.

§ 150.

Intercessione delle donne [1].

Alcuni editti di Augusto e di Claudio avevano inibito alle donne maritate di intercedere pei loro mariti. Il senatoconsulto Velleino, generalizzando quella inibizione, proibì alle donne in generale di obbligarsi in qualunque modo per un altro. Il senatoconsulto Velleiano però non dichiara nulle le intercessioni delle donne, ma solo accorda alla intercede l' *exceptio senatuconsulti Velleiani,* colla quale può respingere l'azione del creditore [2]. Tale eccezione rende assolutamente inefficace l'obbligazione. distruggendone perfino l' elemento naturale [3]. Solo in alcuni casi specialissimi l' intercessione era valida [4].

---

[1] WINDSCHEID. *Ueber d. Princip. d. S. C. Vellei.,* nell' *Archiv. f. civ. Praxis,* XXXII, 283-324; ROSSI, *Le garanzie delle donne per debiti altrui in diritto romano,* nell'*Archivio giur.,* LII, 547-588.

[2] Const. 4 e 9, *ad Sc. Velleianum,* IV, 29. — L' eccezione del Sc. Velleiano compete anche agli eredi della donna ed a quelle persone che hanno garantito la sua promessa o interceduto per incarico di lei, purchè il creditore abbia saputo di questo incarico. Const. 7 e 8. *ad Sc. Vellei.,* XV, 29 e JULIANUS, fr. 16, § 1, *ad Sc. Vellei.,* XVI, 1.

[3] Eppero se ne avvantaggerebbero anche il fideiussore e coloro che avessero costituito un pegno per l' obbligazione della donna. JULIANUS, fr. 16, § 1, *ad. Sc. Vellei.,* XVI, 1; fr. 2, *quae res. pign.,* XXVI, 3. Il pagamento erroneo del debito assunto dà luogo alla *condictio indebiti;* ed inoltre colei, che ha interceduto, può rivendicare tutti gli oggetti a lei tolti stante l' intercessione.

[4] Vi sono dei casi nei quali la donna non può invocare l' *exceptio Sc. Velleiani;* così. per esempio, quando non è ridondato danno alla intercedente; quando essa abbia interceduto per ingannare il debitore; quando il creditore è un minore o non possa farsi pagare dal debitore principale; quando dopo due anni ha reiterato la intercessione; quando ha interceduto per la costitu-

Giustiniano dichiarò nulle di pien diritto le intercessioni non fatte mediante un pubblico istrumento firmato da tre testimoni degni di fede [1], e in ogni caso, cioè anche se fatte con questa forma, le intercessioni a favore del marito [2].

CAPO XIV.

Quasi-contratti [3].

§ 151.

Osservazioni preliminari.

Il quasi contratto è un rapporto obbligatorio, che ha analogia col contratto. Infatti se da un canto i quasi-contratti si distinguono dai contratti per la mancanza di un consenso vero e proprio, espresso o tacito, dall'altro vi si assomigliano, poichè di regola hanno a fondamento un consenso presunto: vale a dire, a motivo di certi fatti compiuti dalle parti, si presume ch'esse abbiano consentito ad un determinato contratto. Ogni

---

zione di una dote o la promessa di liberare uno schiavo. Invece, la semplice rinunzia della donna non esclude il beneficio del senatoconsulto, salvo che in circostanze particolari.

[1] Const. 23, *ad Sc. Vellei.*, IV, 29. — Se le prescritte formalità vennero osservate, la donna può sempre valersi dell'eccezione del senatoconsulto Velleiano. — Si disputa se dopo la innovazione introdotta da Giustiniano abbiano ancora continuato ad avere il loro vigore le eccezioni alla regola proclamata dal senatoconsulto, di cui alla nota precedente. Il glossatore Martino insegnava che la statuizione di Giustiniano era così assoluta che di fronte ad essa non poteva più sussistere eccezione veruna e l'insegnamento di Martino, per quanto modificato, divenne e costituisce tuttora la *communis opinio*. Ora, però, l'Arnò *(La L. 23, § 2, Cod., ad SC. Vellei.*, IV, 29. Torino 1894) ha dimostrato l'erroneità del sistema di Martino, facendo risorgere la dottrina diametralmente opposta del glossatore Bulgaro.

[2] Nov. 134, cap. 8.

[3] Sull'origine della parola cfr. E. Betti in *Bull. ist. dir. rom.*, 1913, p. 65-89.

quasi contratto è formato ad immagine di un contratto ed è soggetto alla teoria di quel contratto che gli ha servito di tipo, salvo, s' intende, le modificazioni richieste dalla natura stessa delle cose.

I principali quasi-contratti sono: la gestione d'affari, il pagamento dell' indebito, la comunione incidente, l' accettazione dell' eredità (§ 200) e la amministrazione della tutela e della cura (§ 175 e 178).

§ 152.

Dei singoli quasi-contratti.

GESTIONE D'AFFARI [1]. — *Nozione.* — La gestione d'affari è un quasi-contratto pel quale taluno, utilmente [2] e senza averne ricevuto il mandato [3], compie scientemente gli affari di un altro [4] coll' intenzione di obbligarlo [5]. Da queste definizioni si rileva che due elementi necessarii concorrono perchè ci sia *ne-*

---

[1] GUIDI G., *Gestione di affari* (Encicl. giur. it. vol. VI parte 3ª, Milano 1913); PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui,* Lanciano 1893; COGLIOLO, *L' amministrazione degli affari altrui,* Firenze 1890; FERRINI, *Appunti sulla teoria romana della negotiorum gestio,* nel *Bollettino dell' Ist. di dir. rom.,* VII, 85-116 e PACCHIONI, nel medesimo *Bollettino,* IX, 50-87.

[2] La gestione deve essere stata intrapresa in circostanze nelle quali fosse utile il farlo.

[3] Se vi fosse stata commissione, esisterebbe mandato.

[4] Chi tratta gli affari proprii, sebbene creda anche con buone ragioni di trattare gli affari altrui, non dà vita ad alcun vincolo obbligatorio, e chi crede trattare affari esclusivamente altrui, ma che sono in parte anche proprii, dà vita soltanto ad una *negotiorum gestio* parziale; dalla quale, cioè, nasce obbligazione solo in quanto gli affari concernano altri. Sulla questione se chi ha amministrato affari altrui, credendoli proprii, abbia l' *actio negotiorum contraria,* vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* vol. II, § 298, nota 2; *Annuario critico di giur. prat.,* I, 428. Circa l' *actio negotiorum gestorum directa,* che in tal caso compete al *dominus negotii,* vedi ARNDTS-SERAFINI, vol. I, § 78, nota 5.

[5] L'na gestione eseguita coll' intenzione di esercitare un atto di liberalità o di pietà verso il *dominus rei gestae* non dà vita ad un' *actio negotiorum gestorum contraria.*

gotiorum gestio: uno di fatto, cioè un atto di gestione sia questo materiale che giuridico *utiliter coeptum,* e l'intenzione di gerire un affare altrui nel compiere quell'atto *(animus negotia aliena gerendi).*

Dalla gestione d'affari nascono obbligazioni simili a quelle del mandato.

Obbligazioni del gerente. — Il gerente è obbligato:

1° Di condurre a termine gli affari intrapresi, quando il *dominus* sia morto nel frattempo.

2° Di usare la diligenza di un buon padre di famiglia [1].

Di rendere conto della gestione e di restituire al *dominus* tutto quanto ebbe per conto di lui insieme coi frutti e gli interessi.

Per ottenere l'esecuzione di queste obbligazioni il domino ha l'*actio negotiorum gestorum directa.*

Obbligazioni del « dominus ». — Il *dominus rei gestae* è obbligato:

1° A liberare il gerente da tutte le obbligazioni contratte per la gestione.

2° A rimborsarlo di tutte le spese necessarie ed utili fatte per la medesima.

L'azione che spetta al gerente è l'*actio negotiorum gestorum contraria.*

La gestione ratificata vale rimpetto al *dominus negotii* come se compiuta fino dall'origine in virtù di un suo mandato [2].

---

[1] Se il gerente assunse la gestione in circostanze che non consentivano ritardo, non risponde che del dolo e della colpa grave. ULPIANUS, fr. 3, § 2, *de neg. gest.,* III, 51. Egli risponde invece perfino del caso se ha impreso a far cosa insolita al *dominus negotii* (POMPONIUS, fr. 11. *de neg. gest.,* III, 5, Se poi non era capace di obbligarsi validamente, deve restituire quello solo di cui si è arricchito (ULPIANUS, fr. 3, 4, *de neg. gest.,* III, 5).

[2] Non è tuttavia esatto il dire che la gestione ratificata si converte in mandato. Vedi BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici,* Roma 1889-1891, vol. 1, § 8.

PAGAMENTO DELL' INDEBITO [1]. — Il pagamento dell' indebito è un quasi-contratto, in virtù del quale chi riceve una cosa, che non gli è dovuta [2] e che gli fu pagata per errore [3], contrae l' obbligo di restituirla.

L' azione con cui può ripetersi l' indebito è detta *condictio indebiti;* essa spetta a chi pagò l' indebito ed ai suoi eredi, ed ha per scopo di ottenere la restituzione di ciò che fu pagato indebitamente e per errore scusabile ma solo fino alla concorrenza di quanto s' è arricchito il convenuto, nel caso che questi sia di buona fede [4]. L' onere della prova nella *condictio indebiti* fu regolato in modo particolare da Giustiniano in ispecie pei pupilli e le donne [5].

COMMUNIO INCIDENS. — Vi ha comunione incidente quando indipendentemente da un contratto di società, una cosa è comune a più persone [6].

---

[1] HERMANN, *Ueber die Zuständigkeit der « condictio indebiti » bei Leistung für einen andern,* nella *Zeitschr. f. d. Privat-und öffentl. Recht,* XXVII, 35 e seg., DE PIERO, *Teoria della ripetizione dell' indebito,* Città di Castello 1892; GAIUS, III, 91; *Inst.,* III, 27, § 6; ULPIANUS, fr. 26, § 6, *de cond. ind.,* XII, 6; Cod. civ., art. 1145-1150.

[2] Perchè il pagamento non sia dovuto ed abbia luogo la ripetizione dell' indebito, è necessario che non esista nemmeno una obbligazione naturale; chè la semplice esistenza di un dovere di convenienza basta a far respingere la domanda quale indecorosa ed ingiusta; il pagamento anticipato di un debito non dà luogo alla ripetizione, sì invece quello di un debito tuttavia soggetto a condizione; parimente si ha azione quando si è pagato ad altri anzichè al vero creditore o al suo legittimo rappresentante, o per contro, quando, in cambio del vero creditore, altri ha pagato il debito come fosse suo, o quando la prestazione fu fatta per un' obbligazione del tutto diversa da quella che esisteva realmente.

[3] Chi paga ciò che sa non dovere, non può ripeterlo.

[4] La *condictio indebiti* è esclusa quando il debito supposto è di quelli che negati crescono al doppio e quando il pagamento fu fatto *ex causa iudicati,* ossia per eseguire una sentenza.

[5] PAULUS, fr. 25, *de probat,* XXIII, 3. Su questo frammento vedi LONGO, nell'*Archivio giur.,* XXXVIII, 173-197, 441-443.

[6] Siffatta comunicazione può nascere in vario modo: il caso più importante è quello dei coeredi. ULPIANUS, fr. 34, *pro soc.,* XXII, 2: *Communiter*

Allorquando una eredità o più cose singole sono comuni a più persone, ogni coerede o condomino ha il diritto di chiedere lo scioglimento della communione [1]: e in ciò si distingue dalla società colla quale ha in comune tutte le rimanenti regole. A tale fine competono ai comunisti le azioni dette divisorie, che sono l'*actio familiae erciscundae* (§ 203), l'*actio communi dividundo* (§ 59) e l'*actio finium regundorum* (§ 65). Con queste azioni, oltrechè lo scioglimento della comunione, si ottiene ancora l'esecuzione delle obbligazioni che ne derivano [2].

CAPO XV.

Delitti e quasi-delitti.

§ 153.

Furto e rapina.

NOZIONI E REQUISITI DEL FURTO [3]. — Il furto è la sottrazione fraudolenta di una cosa mobile coll'intenzione di trarne guadagno *(furtum rei)* ovvero l'appropriazione indebita e l'uso illecito di essa oltre i limiti consentiti dal *dominus rei (furtum usus, furtum possessionis)* [4]. Esso suppone adunque la riunione

---

autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit. Sulle differenze fra comunione e società vedi più sopra, § 138.

[1] Per sciogliere la comunione possono i comunisti provvedere anche all'amichevole, e la divisione convenzionale fra loro stabilita produce gli stessi effetti di un contratto.

[2] ULPIANUS, fr. 3, pr.; fr. 4, § 3, *comm. divid.*, X, 3.

[3] PAMPALONI. *Studi sopra il delitto di furto*, Torino 1900-1901 e *Bull. ist. dir. rom.* 1909, e FERRINI, *La teoria del furto*, nell'*Archivio giur.*, XLVII, 423-471.

[4] Fr. 1, § 3, *de furtis*, XLVII, 2: *Furtum est contrectatio rei fraudolosa, lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve.*

di tre requisiti, cioè la sottrazione *(contrectatio)*, l'intenzione di commettere un furto *(animus furandi)* [1] l'animo di lucrare *(animus lucri faciendi)* [2].

Effetti del furto. — Dal furto nascono due azioni, cioè la *condictiò furtiva* e l'*actio furti* [3].

La *condictio furtiva* è un'azione reipersecutoria, e tende ad ottenere la restituzione della cosa rubata con tutte le accessioni, ed in difetto il maggior valore che la cosa ebbe dopo il furto, sebbene sia perita per caso fortuito [4]. Essa compete al solo proprietario della cosa rubata ed ai suoi eredi, e si esercita contro il ladro ed i suoi eredi, e contro più ladri, com-

---

Così, per esempio, ci sarebbe furto d'uso, se il depositario o il creditore usassero della cosa loro affidata, o se il commodatario ne estendesse l'uso oltre i limiti stabiliti. Commetterebbe furto del possesso chi pretendesse possedere come propria una cosa avuta in deposito o in pegno (Theophili, *Paraphr.*, V. 1, 1).

[1] Questa intenzione deve comprendere tanto la coscienza di sottrarre la cosa senza diritto, quanto quella di sottrarla contro la volontà del proprietario. E così, per esempio, non commette furto chi sottrae cosa altrui se la crede propria, o se ritiene il proprietario vi abbia acconsentito.

[2] L'*animus nocendi* non basta, ma è necessario che il ladro abbia la mira di procacciarsi un vantaggio.

[3] Nell'antichissimo diritto romano si conoscevano due altre azioni cioè l'*actio furti concepti* e l'*actio furti oblati*: 1° Chi era stato vittima di un furto e credeva che l'oggetto rubato fosse in casa di una determinata persona, poteva forzare l'ingresso, presentandosi nudo con solo indosso una cintura (*licium*) e al petto una scodella (*lanx*) tenuta con ambe le mani. Se dietro una perquisizione fatta in questa forma l'oggetto era ritrovato, si diceva che vi era *furti per lancem et licium conceptio*, e la persona presso cui era trovato veniva condannata alla pena del triplo come ladro manifesto quand'anche non fosse l'autore del furto (Gai., III, 191-194). 2° L'*actio furti oblati* era un'azione che il proprietario della casa, presso il quale l'oggetto furtivo era stato trovato, sperimentava contro chi ce lo aveva posto a sua insaputa, o glielo aveva dato sapendo che era furtivo; anch'essa importava la pena del triplo e tendeva a liberare il padrone della casa dalla pena che aveva dovuto pagare (Gai., III, 187 e 191; Paulus, *Sententiae*, lib. II, tit. 31, §§ 3, 5, 14).

[4] § 19, Inst., *de obl. ex del.*, IV, 1; Ulpianus, fr. 8, pr. § 1; Ju-

pete *in solidum*, ma, al pari d' ogni altra azione *rei persecutoria*, è estinta appena il danneggiato ha conseguito il completo rifacimento [1].

L' *actio furti* è un' azione penale e tende al conseguimento di una pena privata, la quale è del quadruplo o del doppio, secondochè si tratta di un furto manifesto o non manifesto [2]. Essa compete a chiunque abbia interesse che la cosa non venga rubata [3], e si dirige non solo contro gli autori del furto, ma anche contro i complici che vi contribuirono coll' aiuto o col consiglio, e tutti ne rispondono in solido, ciascuno indipendentemente dall' altro, di guisa che il pagamento di uno non libera gli altri [4]. Invece gli eredi del colpevole ne vanno esenti. Le due azioni concorrono cumulativamente.

DELLA RAPINA. — La rapina è la sottrazione violenta della cosa mobile altrui seguita dolosamente con animo di farne un lucro. Gli estremi di questo delitto sono identici a quelli del furto, colla circostanza aggravante della violenza.

Anche gli effetti sono gli stessi, e soprattutto le azioni nascenti dal furto ricevono la loro applicazione nel caso della rapina. Tuttavia, mentre il furto non manifesto non dà diritto che alla pena del doppio, lo spogliato nella rapina può chie-

---

LIANUS, fr. 14, § 3; ULPIANUS, fr. 6 e TRIPHONINUS, 20, *de cond. furt.*, XIII, 1; CELSUS, fr. 67, § 4, *de furt.*, XLVII, 2.

[1] ULPIANUS, fr. 1; PAULUS, 5; ULPIANUS, fr. 6, 7. § 2; fr. 9 e 10, pr. §§ 2-3, *de cond. furt.*, XIII, 1.

[2] § 5. Inst., *de obl. ex del.*, IV, 1. — Il furto dicesi manifesto, allorquando il ladro viene colto colla cosa furtiva prima di giungere sul luogo dove divisava portarla (GAI, III, 184). Ogni altro furto dicesi non manifesto.

[3] Perciò può spettare, oltrechè al proprietario, al possessore di buona fede, al creditore pignoratizio, al conduttore di un fondo fruttifero riguardo ai frutti non percetti, come altresì a tutte quelle persone le quali, in forza di un contratto conchiuso col proprietario, sono obbligate alla custodia e rispondono verso il proprietario anche del furto commodatario, locatario ecc.).

[4] Vedi più sopra, § 110 e §§ 11-19, *Inst.*, IV, 1.

dere la pena del triplo coll' *actio vi bonorum raptorum;* e siccome quest' azione è mista, cioè penale e reipersecutoria ad un tempo, così è diretta in tutto al quadruplo [1].

§ 154.

Danno dato ingiustamente [2].

Cenni storici. — Già le dodici Tavole avevano riconosciuta la necessità di risarcire il danno cagionato con un fatto illecito; ma tutte codeste disposizioni della legge decemvirale furono derogate dalla celebre legge Aquilia [3]. Questa legge componevasi di tre capi; ma il secondo, che si riferiva al caso che un *adstipulator* avesse liberato il debitore mediante l' accetilazione, a pregiudizio del vero creditore, a cui era stato aggiunto, cadde in disuso insieme alla istituzione degli *adstipulatores* [4], per cui non ci interessano qui che gli altri due capi.

Il primo capo disponeva, che quegli, il quale anche solo colposamente avesse ucciso uno schiavo od un quadrupede

---

[1] Nel quadruplo dunque è compresso il valore della cosa rapita. — L'*actio vi bonorum raptorum,* a differenza dell' azione penale del furto che è perpetua, è limitata al termine di un anno, passato il quale non si può chiedere che la semplice indennità (*in simplum*). Vedi pr., *Inst.,* IV, 2.

[2] Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung nach röm. Recht,* 1867; Pampaloni, *Osservazioni esegetiche « ad legem Aquiliam »* nell' *Arch. giur.,* XXXII, 387-426; Longo, *Studi sull' « actio legis Aquiliae »,* Catania, 1889; Ferrini, *La legittimazione attiva nell' « actio legis Aquiliae »,* nella *Rivista di scienze giur.,* XII, *fasc. 2-3;* Ferrini, voce *Danni,* nella *Enciclopedia giuridica italiana;* De Medio, *La legittimazione att. nell' a. l. A., negli studi in onore di V. Scialoja,* I; Chironi, *La colpa,* I, Torino, 1866; Glück, libro IX, tit. 2; Natali, nella *Rivista univers. di giurispr.,* 1895.

[3] È un plebiscito di un tribuno *Aquilio* probabilmente dell'anno 497 di Roma Gai, III, 210-214; fr. 2, pr. *h. t.,* IX, 2).

[4] Inst., *de lege Aquilia,* IV. 3 e Ulpianus, fr. 27, § 4, *ad leg. Aquil.,* IX, 2, Gai, III, 215-216. Vedi più sopra, § 129.

altrui, dovesse pagare al proprietario il maggior valore che la cosa avesse avuto nell' anno antecedente all' uccisione [1].

Il terzo capo si riferiva a tutti gli altri danneggiamenti cagionati colla lesione o colla distruzione di bestie o cose altrui, e condannava l' autore del danno a pagare il maggior valore che la cosa avesse avuto negli ultimi trenta giorni [2].

Il testo della legge Aquila non proteggeva che il *proprietario* della cosa danneggiata e non si applicava che al danno arrecato alla sostanza della cosa altrui mediante contratto materiale, *damnum corpore corpori datum;* ma la giurisprudenza ne estese il principio, accordando un' *actio legis Aquiliae utilis* al possessore di buona fede ed a coloro che avevano un diritto reale frazionario sulla cosa, ed ammettendola altresì per analogia ogni qualvolta il danno, anzichè provenire direttamente da contatto corporale *(corpore),* era solamente accaduto perchè taluno ne aveva colposamente porto l' occasione [3]. Giustiniano l' estese anche al locatario quantunque questi non avesse un *ius in re* [4]. Infine le disposizioni della legge Aquilia vennero estese perfino a quei fatti illeciti che, senza costituire una *rei corruptio* vera e propria, cagionavano però un qualche pregiudizio in rapporto alla medesima [5]. In quest' ultima ipotesi si

---

[1] Gai, III, 210-214; fr. 2, pr. *ad leg. Aq.,* IX, 2.

[2] Ulpianus, fr. 27, § 5, *ad leg. Aq.,* IX, 2: *Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

[3] *Causam seu occasionem damni praestitis.* Come, per es., quando taluno avesse tenuto chiuso un animale altrui sì che fosse morto di fame, o lo avesse spaventato in modo da farlo cadere in un precipizio, od avesse acceso improvvidamente il fuoco nelle sue terre ed abbruciato così la casa del vicino. Ulpianus, fr. 9, § 3; fr. 29, § 5; Paulus, fr. 30, § e Neratius, fr. 53, *ad leg. Aq.,* IX, 2. In tutti questi casi il danno non è recato *corpore,* ma nondimeno è ammessa per analogia l' azione secondo lo spirito della legge Aquilia.

[4] Ulpianus, fr. 27, § 24, *cod.* Vedi Pampaloni, nel *Bollettino dell' Istituto di dir. romano,* III, 241.

[5] Ulpianus, fr. 27 §§ 20-22, *ad leg. Aq.,* IX, 2. Per esempio, se taluno, senza guastare propriamente la sostanza di una cosa altrui, ne ha però di-

accordò un' *actio in factum,* la quale del resto non differisce che per l' origine e pel nome dall' *actio legis Aquilaie utilis.*

NOZIONE E REQUISITI DEL DANNO ILLECITO. — Vi ha danno illecito, *damnum iniuria datum,* quando con un fatto colposo si reca a qualcuno un pregiudizio ingiusto. Tre adunque sono i requisiti:

1° Che intervenga una diminuzione del patrimonio altrui, un vero *danno* [1].

2° Che il danno sia cagionato *ingiustamente* [2]. Qui però è da osservare che a fondare l' imputabilità basta qualunque grado di colpa *(in lege Aquilia et levissima culpa venit)* [3]: perfino la semplice inettitudine tecnica si considera come colpa quando taluno arreca danno, esercitando la sua arte od il suo mestiere [4].

3° Che il danneggiamento sia prodotto con un fatto *positivo,* imperocchè la omissione di agire è illecita solamente quando preesista un rapporto obbligatorio che imponga il dovere di fare qualche cosa, nel quale caso ha luogo l'azione risultante da quel rapporto obbligatorio.

Effetti del danno illecito. — Concorrendo i requisiti suesposti, il danneggiamento può valersi, secondo i casi, dell' azione della legge Aquilia *directa,* o *utilis,* o dall'*actio in factum,* per conseguire il maggior valore che la cosa ebbe nell' anno antecedente, se il danno fu recato mediante l' uccisione di uno

---

minuito il valore, mescolandovi delle cose difficili a separarsi, come, per esempio, saggia e frumento.

[1] PAULUS, fr. 14; fr. 17 e ULPIANUS, fr. 27, § 28, *ad leg. Aq.,* IX, 2.

[2] §§ 2, 3, 5, 14, Inst., *de leg. Aq.,* IV, 3; GAIUS, fr. 4; ULPIANUS, fr. 5, pr. § 2; fr. 29, § 3; PAULUS, fr. 30, § 3; ULPIANUS, fr. 41, § 4; fr. 49, § 1; ALFENUS, fr. 52, § ult., *ad leg. Aq.,* IX, 2. Così non incorre in alcuna responsabilità chi reca nocumento altrui con un atto che ha diritto di fare; parimente non ha luogo l' azione della legge Aquilia se il danno è la conseguenza di un caso fortuito.

[3] ULPIANUS, fr. 7, § 2; fr. 27, § 3 e PAULUS, fr. 30, § 3, *ad.leg. Aq.,* IX, 2.

[4] ULPIANUS, fr. 7, § 8, e GAIUS, fr. 8, *ad leg. Aq.,* IX, 2.

schiavo o di un quadrupede, ed il maggior valore che la cosa ebbe negli ultimi trenta giorni precedenti il fatto, se il danno fu recato in altra maniera.

Queste azioni competono in solido contro gli autori del danno ed i complici, ma contro i loro eredi solo in quanto ne siano rimasti arricchiti. Hanno poi questo di speciale, che se il convenuto neghi contro la verità il fatto imputatogli, è condannato al pagamento del doppio [1].

Se il danneggiamento ingiusto riunisce le condizioni di un altro delitto, le azioni della legge Aquilia concorrono coll'azione nascente da questo delitto; vi sono inoltre parecchie disposizioni speciali per certi danneggiamenti straordinari [2].

§ 155.

Ingiuria [3].

NOZIONI E CONDIZIONI. — La parola ingiuria si adopera comunemente per indicare una qualunque ingiustizia; ma in un significato più ristretto esprime ogni lesione fisica o morale dell'onore, sia con vie di fatto sia con parole o in altro modo [4].

---

[1] GAIUS, fr. 2, § 1 e ULPIANUS, fr. 23, § 10, *ad leg. Aq.*, IX, 2.

[2] Vedi più sotto, § 158. — Il Codice civile sancisce in genere la responsabilità solidale di coloro che hanno recato danno per colpa, imprudenza o negligenza propria o delle persone di cui devono rispondere (articoli 1151-1156).

[3] JHERING, *Rechtsschutz gegen iniuriösen Rechtsverletzungen*, nei suoi *Jahrbücher*, XXIII, 155-338 e nei *Gesammelte Aufsätze*, III, 233-408; MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems*, Berlin 1903; HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien dr. rom.*, nelle *Mélanges. Appleton, 1903.*

[4] ULPIANUS, fr. 1, *de iniur.*, XLVII, 10: *Iniuria ex eo dicta est quod non iure fiat: omne enim quod non iure fit iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur ut in lege Aquilia dicere solemus.*

Tre adunque ne sono i requisiti:

1° L'ingiuria suppone un atto ingiusto o contrario al diritto.

2° L'atto ingiusto deve implicare uno sfregio alla persona altrui. A questa categoria appartengono anzitutto gli insulti all'onore o alla riputazione altrui, ai quali il diritto romano assimila tutti gli attentati alla libertà individuale.

3° Un carattere essenziale a questo delitto è l'intenzione d'ingiuriare.

DIVERSE FORME DELL'INGIURIA. — L'ingiuria può commettersi con parole *(verbis)*, cioè per mezzo della parola parlata o scritta, o con fatti *(re)*: di qui la distinzione delle ingiurie verbali [1] e reali [2].

La ingiuria può inoltre essere atroce o semplice, secondochè è accompagnata o no da qualche circostanza aggravante di fatto, di luogo, di persona e di tempo; immediata, o mediata, secondochè è fatta direttamente a noi stessi, ovvero ad un'altra persona, alla quale siamo legati in rapporto così intimo che faccia ricadere la ingiuria anche sopra di noi.

EFFETTI DELL'INGIURIA. — Le pene stabilite dalla legge decemvirale contro le ingiurie erano male appropriate e caddero quindi in disuso [3]. L'editto pretorio introdusse l'*actio iniuriarum aestimatoria*, limitata ad un anno, colla quale si otteneva

---

[1] Una circostanza aggravante nell'ingiuria verbale è il *convicium*, che si verifica quando più voci e grida disonoranti s'innalzano contemporaneamente a proferire parole di contumelia contro un cittadino (una specie di scampanata). Le ingiurie fatte per iscritto si chiamano libelli famosi.

[2] Esempi d'ingiuria reale sarebbero: dare a qualcuno uno schiaffo o percuoterlo coll'intenzione di fargli un affronto, violare l'altrui domicilio, impedire alcuno nell'esercizio dei suoi diritti, attentare al pudore di persona onesta seguendola nella pubblica via, ecc.

[3] La legge decemvirale puniva colla fustigazione fino alla morte le scampanate, ma colpiva di pene più miti le lesioni corporali. Così la rottura d'un membro importava la pena del taglione; la frattura d'un osso era punita con un'ammenda di 300 o di 150 assi, a seconda che l'offeso era libero o servo: ogni altra ingiuria soggiaceva alla pena di 25 assi. GAI, III, 223.

una pena pecuniaria, che doveva essere fissata di volta in volta dalla persona ingiuriata e dal giudice secondo giustizia ed equità [1]. Per tre casi speciali di ingiurie reali, cioè per percosse, battiture e violazioni di domicilio, era accordata l'azione civile della legge Cornelia, che non si prescriveva che in trent'anni.

L'azione d'ingiuria non si trasmette nè agli eredi dell'ingiuriato nè contro gli eredi dell'autore dell'ingiuria, nè può essere ceduta: inoltre essa si estingue per riconciliazione espressa o tacita delle parti.

Il fatto dell'ingiuria può costituire nello stesso tempo un altro delitto, e dare luogo per questo titolo ad altre azioni o penali o reipersecutorie.

§ 156.

Quasi-delitti.

I casi di quasi-delitti annoverati dalle fonti [2] sono i seguenti:

Positum et suspensum. — Se il proprietario o l'inquilino di di un edificio, che dia su d'una strada pubblica, pone o sospenda un qualche oggetto che cadendo può cagionare danno, ne risponde, giusta l'editto pretorio, coll'*actio de positis et suspensis*, esperibile da chiunque osservi quel fatto, la quale ha per oggetto una pena privata di dieci *solidi* [3].

Effusum et deiectum. — Se da un quartiere viene versata o gettata sopra un luogo di pubblico passaggio una materia liquida o solida, d'onde sia derivato qualche danno, chi l'abita è tenuto a pagare il doppio del danno arrecato, benchè non

---

[1] Ulpianus, fr. 11, § 1; Paulus, fr. 16 e fr. 18, *de iniur.*, XLVII, 10.
[2] *Inst.*, IV, 5; Gaius, fr. 5, §§ 4 e 5, *de obl. et act.*, XLIV, 5.
[3] Ulpianus, fr. 5, pr. e seg., *de his qui effuderint*, IX, 3.

sia in colpa [1]. Se il fatto ha cagionato la morte d'un uomo libero, l'azione può essere intentata da qualunque cittanino e tende al pagamento di una pena di cinquanta *aurei* [2]. Dove ne sia risultata soltanto una ferita, è dovuta un'indennità che viene stimata dal giudice, tenuto conto della spesa e della incapacità di lavorare prodotta dalla ferita [3].

Più abitatori dello stesso quartiere ne rispondevano in solido [4].

In modo analogo l'azione *de effusis et deiectis* era accordata allorquando fosse stata versata o gettata qualche cosa da un granaio, da un magazzino o da un opificio [5].

Si iudex litem suam fecit. — Il giudice, che per propria colpa pronunzia una sentenza ingiusta, è obbligato di pagare alla parte lesa *quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit;* e se agì dolosamente la *condemnatio* è diretta alla *vera litis aestimatio* [6].

CAPO XVI.

Obbligazioni che nascono da varie altre cause.

L'obbligazione può nascere anche da altri fatti, che non appartengono alle categorie dei contratti, quasi-contratti, delitti e quasi-delitti. Avendo già trattato della maggior parte di que-

---

[1] Chi però era condannato per una colpa non sua, aveva libero il regresso verso l'autore del danno. Ulpianus, fr. 5, § 4, *de his qui eff.*, IX, 3.

[2] Ulpianus, fr. 1, pr.; fr. 5, *de his qui eff.*, IX, 3.

[3] L'azione in questo caso competeva innanzi tutto al ferito, ma poteva sperimentarsi anche da ognuno del popolo, colla differenza che era perpetua pel ferito, mentre per tutti gli altri era solamente annuale. Ulpianus, fr. 1, pr.; fr. 5, e Gaius, fr. 7, *de his qui eff.*, IX, 3.

[4] Vedi più sopra, § 114.

[5] Ulpianus, fr. 5, § 3, *de his qui eff.*, IX, 3. Venendo gettato alcunchè da una nave potevasi sperimentare un'*actio utilis* contro il *magister navis*. Paulus, fr. 6, § 3, *de his qui eff.*, IX, 3.

[6] Ulpianus, fr. 15 e 16, *de iudic.*, V, 1; Gaius, fr. 5, § 4, *de obl. et act.*, XLIV, 7, pr.; Inst., *de obl. quae quasi ex delicto*, IV, 5.

ste obbligazioni nei luoghi opportuni, non ci resta qui che accennare brevemente le altre, le quali possono ridursi a queste tre categorie: obbligazioni risultanti da rapporti di vicinanza, obbligazioni risultanti da casi speciali di danneggiamento ed obbligo della esibizione.

§ 157.

Obbligazioni nascenti da rapporti di vicinanza [1].

ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE [2]. Se in conseguenza di una opera nuovamente eretta in un fondo, è alterato il corso naturale dell'acqua piovana con pregiudizio del fondo rustico vicino, il proprietario [3] di questo ha l'*actio aquae pluviae arcendae* contro il proprietario del fondo [4], nel quale avvennero le mutazioni, per ottenere il risarcimento del danno prodotto dopo la contestazione della lite [5] e la reintegrazione del fondo nel suo stato primitivo [6]. L'azione *aquae pluviae arcendae* può intendersi eziandio nel caso che un'opera, già esistente sul fondo abbia per vetustà o per un'altra causa sofferto tali mutazioni da creare un pericolo o un danno al fondo vicino. In tal caso

---

[1] HESSE, *Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nach-baren*, Eisenberg 1859.

[2] BURKHART-BONFANTE, *Continuaz. di* GLÜCK, libri XXXIX-XL, 3; BAVIERA, *La legittimazione passiva nell' a. a. pl. arc.*, 1902; MESSINA, *L' a. a. pl. arc. utilis a favore e contro l' usufruttuario*. Cfr. anche PEROZZI, *Il divieto di atti d' emulazione e il regime giustinianeo delle acque private*, nell' *Archivio giur.*, LIII.

[3] Sotto certe circostanze compete anche al possessore di una servitù prediale e all'enfiteuta, e per analogia anche all'usufruttuario: fr. 22-25, *de aqua et aq. pluv. arc.*, XXXIX, 3. Ma confr. BAVIERA e MESSINA, loc. cit.

[4] Per analogia l'azione è accordata anche contro l'usufruttuario. ULPIANUS, fr. 6, § 5, *eod.*

[5] Per il danno anteriore alla contestazione della lite, deve intentarsi l'*interdictum quod vi aut clam*. PAULUS, fr. 14, § 3, *de aq.*, XXXIX, 3.

[6] Fr. 2-7, *de aqua*, XXXIX, 3.

il convenuto è obbligato soltanto a permettere che l'attore a proprie spese riponga le cose nello stato pristino.

INTERDICTUM QUOD VI AUT CLAM [0]. — Chi per qualsiasi titolo ha diritto al godimento attuale di un fondo può altresì impedire che altri innalzi su questo costruzioni o vi imprenda opere [2] che mutino a suo pregiudizio lo stato del fondo medesimo. Se, nonostante tale proibizione, l'altro, a ragione o a torto non monta [3], si fa giustizia da sè e contina la sua opera, si ha allora contro di lui l'interdetto *quod vi* per ottenere il ristabilimento dello stato anteriore di cose, e, in difetto, tutti i danni sulla semplice prova del nostro interesse e della nostra opposizione disconosciuta [4]. Il convenuto non può invocare il diritto a compiere l'opera [5]: ha però una fondata eccezione in alcuni casi [6]. Alla violazione del divieto *(prohibitio)* è pareggiata la clandestinità. Chi intraprende clandestinamente un'opera, per la quale doveva attendersi un'opposizione da parte nostra, se noi ne fossimo stati informati, è responsabile per l'interdetto *quod clam* come se l'avesse fatta con violenza [7].

---

[1] SCHMIDT, nella *Zeitschrift f. Rechtsgesch.*, VIII, 25-49.

[2] Per esempio: taglio degli alberi, viti e cespugli, concimazioni dannose, corrompimento di un pozzo e così via dicendo. ULPIANUS, fr. 7, §§ 5 e 6; fr. 11 pr., fr. 13 pr., §§ 3, 4 e 7, *quod vi aut clam*, XLIII, 24; PAULUS, fr. 11, *arbor. furt. caes.*, XLVII, 6; ARNDTS-SERAFINI, § 329, nota 2.

[3] ULPIANUS, fr. 1, § 2, *quod vi aut clam*, XLIII, 24: *Et parvi refert utrum ius habuerit faciendi an non. Sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debet non iniuriam comminisci.*

[4] Fr. 1-7, *quod vi aut clam*, XLIII, 24.

[5] E difatti Ulpiano dice esplicitamente che è tenuto dall'interdetto anche chi ha il diritto di compiere l'opera. ULPIANUS, fr. 1, §§ 2 e 3, *quod vi aut clam*, XLIII, 24.

[6] Cioè: 1° quando conosciuta l'opposizione si è dichiarato pronto a sostenere un processo sul suo diritto ed ha prestato all'uopo una cauzione; 2° quando è stato autorizzato all'opera da sentenza di giudice o da permesso di altra autorità; 3° quando l'opera fu fatta all'unico scopo di difendersi da un'azione arbitraria o clandestina dell'attore; 4° quando il divieto fu revocato espressamente o tacitamente; 5° quando infine è già scorso un anno dell'ultimo momento di lavoro.

[7] Fr. 1, 3, 4, 5, 18, 22, *quod vi aut clam*, XLIII, 24.

DENUNZIA DI NUOVA OPERA[1]. — La denunzia di nuova opera si applica più specialmente nel caso, in cui s' intraprenda una modificazione su di un fondo per mezzo d' una fabbrica[2], dalla quale possa temersi un danno per quello stesso fondo o per un altro. Anche in questo caso abbiamo, sotto certe condizioni, il diritto di opporci all'opera incominciata, col mezzo di una protesta conosciuta sotto il nome di *operis novi nunciatio*, la quale obbliga il vicino a sospendere provvisoriamente la costruzione, in difetto di che si può, coll' *interdictum demolitorium*, ottenere che tutto sia ridotto come al momento della denunzia[3]. Il diritto di denunciare la nuova opera spetta al proprietario del fondo minacciato, al superficiario, all' enfiteuta e al creditore ipotecario, e, almeno *procuratorio nomine*, anche all' usufruttuario[4]. Il denunziante deve subito dedurre in giudizio il suo diritto di opposizione alla nuova opera e dietro richiesta prestare il giuramento di calunnia; altrimenti il giudice annulla la denunzia, la quale perde ogni efficacia anche quando il giudice nega al denunziante il diritto di opposizione[5]. Se la lite

---

[1] DE VITO, *Sul fondamento della nunciazione di nuova opera*, nell'*Archivio giur.*, XXIII, 310-466; VATURI, *La teorica dell' oper. novi nunc. nel diritto romano* nell'*Archivio giur.*, XLIX, 439-541.

[2] ULPIANUS, fr. 1, § 11, *de op. nov. nunc.*, XXXIX, 1.

[3] Id. fr. 20, pr. *de op. nov. nunc.*, XXXIX, 1. La contravvenzione al divieto fa sorgere l' interdetto demolitorio indipendentemente dal materiale diritto del nunciato (*sive iure sive iniuria opus fieret*). Non è necessario che il denunziante provi il suo diritto alla denunzia, ma basta ch'egli faccia appello ad un diritto che autorizza alla medesima: il denunziato, dal canto suo, può guarentirsi da una falsa asserzione del denunciante, deferendogli il giuramento di calunnia.

[4] Alcuni autori concedono all' usufruttuario il diritto di far la denunzia anche in proprio nome. Vedi però ULPIANUS, fr. 1, § 20, *de op. nov. nunc.*, XXXIX, 1: *Usufructuarius autem opus novum nunciare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nunciare poterit.*

[5] ARNDTS-SERAFINI, § 330, nota 10. La denunzia perde ogni efficacia anche per la morte del denunziante, per l' alienazione del fondo pel quale fu fatta e da ultimo per convenzione: essa è inefficace fin da principio quando il differire l' opera sia pericoloso o contrario al pubblico bene.

si protrae oltre tre mesi [1], s' accorda al denunziato il proseguimento dei lavori, purchè garantisca con fideiussione di ripor tutto nello stato primitivo, ed è difeso da ogni molestia ulteriore coll' interdetto *ne vis fiat aedificanti* [2].

CAUTIO DAMNI INFECTI [3]. — Se da un edificio vicino può temersi imminente un pericolo per cosa, su cui abbiamo qualche diritto, possiamo esigere che il padrone dell' edificio che minaccia rovina presti la cauzione di riparare il danno che potrebbe risultare dalla caduta dell' edificio *(cautio damni infecti)*. Se ricusa di farlo, il magistrato accorda l' immissione nel possesso dell' edificio *(missio in possessionem ex primo decreto)*; e se questo mezzo di coercizione riesce anch' esso infruttuoso, il magistrato emette un secondo decreto che trasferisce definitivamente nell' immesso tutti i diritti del vicino sull' edificio rovinoso [4]

§ 158.

Casi speciali di danneggiamento. — Azione Pauliana.

ARBORES FURTIM CAESAE. — Chi taglia furtivamente gli alberi altrui, anche senza l' intenzione di rubarli, deve risarcirne il doppio valore. A questo scopo compete contro l' autore del taglio l' *actio arborum furtim caesarum*, la quale può essere esercitata dal proprietario, nonchè dall' enfiteuta se si tratti di fondo enfiteutico [5].

SERVUS CORRUPTUS. — Chi corrompe dolosamente uno schiavo sia che ne guasti i costumi o lo persuada a commettere una cattiva azione o qualche fatto che gli rechi un danno corpo-

---

[1] Questo termine fu posto da Giustiniano (Const. un., *de nov. op. nunc.*, VIII, 11).

[2] ULPIANUS, fr. 20, § 9, *de op. nov. nunc.*, XXXIX, 1.

[3] BURKHART, *op. cit.*, 2.

[4] ULPIANUS, fr. 7 pr.; fr. 15, § 16 e 17; PAULUS, fr. 18, § 15, *de damno inf.*, XXXIX, 2; Cod. civ. ital., art. 699.

[5] ULPIANUS, fr. 1; JULIANUS, fr. 2 e ULPIANUS, fr. 7. pr.; MARCELLUS, fr. 5, §§ 1-3, *arb. furt. caes.*, XLVII, 9.

rale, o lo ricetti fuggiasco, ne risponde al proprietario, il quale può chiedere il doppio del danno sofferto mediante l'*actio de servo corrupto* [1]. *Utiliter* l'azione compete eziandio al padre per la corruzione del figlio soggetto alla sua potestà [2].

SEPULCHRUM VIOLATUM. — Chiunque abbia dolosamente danneggiato un sepolcro può essere costretto dal proprietario con una azione pretoria *(in factum)* a pagare a titolo di risarcimento una somma da determinarsi equamente dal giudice, che però non può mai esser minore di cento aurei [3].

DANNO RECATO IN OCCASIONE DI QUALCHE CALAMITÀ. — Chi approfitta dolosamente di una calamità, come incendio, ruina, naufragio per rubare o danneggiare l'altrui proprietà, è tenuto al quadruplo, e dopo trascorso un anno al simplo [4].

LEX RHODIA DE IACTU. — Se in una burrasca, che metta in serio pericolo la nave, si è costretti a gittarne tutte le merci o parte, affine di alleggerirla e salvarla, il danno risultante dal getto vuol esser ripartito tra i proprietari della nave e le persone a vantaggio delle quali il getto fu operato, giusta la misura e proporzione della loro proprietà per tal modo salvata [5]. Questa disposizione è tolta dalla legislazione marittima dell'isola di Rodi. Il testo della legge Rodia non parla che del getto delle merci, ma i Romani lo estesero ad altri casi analoghi segnatamente al deterioramento delle merci e al prezzo di riscatto che uno degli interessati avesse pagato per redimere la nave dai pirati [6].

ACTIONES NOXALES [7]. — Le azioni nossali si riferiscono a danni commessi da uno schiavo, da animali e da figli di famiglia.

---

[1] ULPIANUS, fr. 1-3, *de servo corrupto*, XI, 3.

[2] PAULUS, fr. 14, § 1, *de servo corrupto*, XI, 3.

[3] ULPIANUS, fr. 3, *de sepulcro violato*, XLVII, 12.

[4] Id. fr. 1, pr. *de incendio, ruina, naufragio*, XLVII, 9.

[5] PAULUS, fr. 1 *de lege Rhodia de iactu*, XIV, 2: *Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.*

[6] Fr. 2-7, *de lege Rhodia de iactu*, XIV, 2.

[7] SCHLESINGER, nella *Zeitschrift f. Rechtsgesch.*, VIII, 50-62; 203-239; IX, 239-241; GIRARD, *Actions noxales*, nella *Nouv. Revue hist. de droit*,

Il padrone di uno schiavo è responsabile dei delitti da lui commessi; può tuttavia liberarsene dando in risarcimento lo schiavo colpevole *(noxae dare)*, a meno che non sia personalmente responsabile del delitto, o abbia negato falsamente di avere in potestà lo schiavo [1]. L'azione si sperimenta contro chi ne è *dominus* al momento in cui viene esercitata: *noxa caput sequitur* [2].

Gli stessi principii valevano anticamente anche pei delitti di un figlio di famiglia.

Anche il danno cagionato da animali dà luogo ad un'azione nossale, detta più propriamente *actio de pauperie* [3]. Se un quadrupede o altro animale ha recato un danno per istinti contrari alla sua specie, la legge accorda l'azione *de pauperie*. Il proprietario dell'animale ne risponde come suo difensore naturale; ma appunto perchè non è responsabile che come difensore, e non per una propria colpa, gli è lecito liberarsi dal risarcimento coll'abbandonare l'animale al danneggiato. Anche l'*actio de pauperie* viene sperimentata contro l'attuale proprietario dell'animale: e nel caso di più comproprietari questi sono tenuti in solido [4].

Un'azione simile all'*actio de pauperie* compete a chiunque sia stato danneggiato da animali altrui andati a pascolare nelle sue terre. Anche questa azione, detta *actio de pastu*, ammette la *noxae deditio* [5].

XI, 409-449; XII, 31-58; LENEL, *De noxalibus actionibus*, nella *Zeitschr. der Sav.-Stift* XX, 5 e seg.

[1] Fr. 2-5; ULPIANUS, fr. 21, § 2 e PAULUS, fr. 22, § 4, *de nox. act.*, IX, 4.

[2] GAI., IV, 75-77; §§ 2 e 5, Inst., *de noc. act.*, IV, 8.

[3] BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio, in special modo a mezzo di animali*, nella *Rivista it. p. le scienze giur.*, XXIII, XXIV, XXV.

[4] ULPIANUS, fr. 1, §§ 12-14, *de nox. act.*, IX, 4. Pel Codice civile italiano il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia quanto se sia smarrito o fuggito (art. 1154).

[5] PAUL., *Sentent.*, I, 15, 1; fr. 14, § ult., *de praescript. verb.*, XIX, 5; fr. 39 pr. e § 1, *ad leg. Aquil.* IX, 2.

AZIONE REVOCATORIA. *(Pauliana)* [1]. Se un debitore diminuisce il suo patrimonio coll'intenzione prava di defraudare i suoi creditori, questi, se danneggiati, possono impugnare l'atto fraudolento mediante l'azione revocatoria [2]. Quest'azione può essere intentata contro colui, che, conscio della frode, ha ricevuto qualcosa dal patrimonio del debitore; e, quando si tratta di acquisti a titolo lucrativo, perfino contro coloro che ignoravano la frode del debitore [3].

---

[1] RUDORFF, nella *Zeitschrift f. Rechtsgeschichte*, VIII, 62-99; HUSCHKE, nella *Zeitschrift f. Civilrecht* (nuova serie), XIV, 1-130; SCHEY, nella *Zeitschrift Rechtsg.*, XIII, 120-195; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Roma 1902; ID., *Intorno alla revoca degli atti fraudolenti*, nel *Bullett. Ist. dir. rom.*, XIV; LENEL, nella *Festschrift für Schultze*, 1902; *Die Anfecht der Rechtshandl. des Sch.*, 1903; *Edictum Perpetuum*, §§ 225 e 268; MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti*, Firenze 1874, 4ª edizione annotata da GIORGI, Firenze 1912; AICARDI, *Nuovi studi di legislazione comparata civile e commerciale sul diritto di revoca degli atti fraud. del deb.*, Roma 1891; COVIELLO N., nel *Filangieri*, XVII, 1, 290-310, 353-370; SIMONCELLI, *Rivista ital. per le sc. giur.*, V, 376-398.

[2] L'azione revocatoria chiamasi comunemente azione Pauliana. ENRICO SERAFINI (*Della revoca degli atti fraudolenti*, Pisa 1887-1889), distingue due azioni, cioè quella ricordata da ULPIANO, al fr. 1, *quae in fraudem cred.*, XLII, 8, e quella ricordata al fr. 10 pr. dello stesso titolo e riserva il nome di Pauliana a quest'ultima. La prima è un'*actio in rem* (*utilis arbitraria*) come risulta dal § 6, Inst., *de actionibus*, IV, 6, si riferisce agli atti fraudolenti compiuti dal debitore *dopo* la *missio in bona* e non può essere promossa se non prima della *venditio bonorum*; l'altra (Pauliana) è in *personam* (PAULUS, fr. 38, § 4, *de usur.*, XXII, 1) e tende a far revocare tutti gli atti fraudolenti relativi al patrimonio del debitore che siano stati posti in vita *prima* o *dopo* la immissione nei beni. Essa non può promuoversi se non *dopo* la *venditio bonorum*. Cfr. FERRINI, nel *Filangieri*, XIII, 1, 27-42.

[3] In questo caso però solo entro i limiti dell'arricchimento.

§ 159.

Obbligo della esibizione [1].

L'obbligazione di esibire ha per oggetto la presentazione di una persona o di una cosa, allo scopo di esaminarla [2]. In generale, la facoltà di esigere questa presentazione suppone un diritto alla persona od alla cosa di cui si chiede la esibizione, ma se si tratti di documenti, la presentazione ne è dovuta a qualunque persona vi abbia interesse [3]; di più, innanzi ai tribunali ciascuna delle parti ha il diritto di costringere il suo avversario a produrre fin dal principio tutti i documenti, dei quali intende valersi nel corso del processo [4].

L'obbligazione di esibire dà origine all'*actio ad exhibendum*, accanto a cui, rispetto ai documenti, la legge accorda un'*actio in factum* per domandarne la presentazione [5], e l'interdetto speciale *de tabulis exhibendis* per quella di un testamento [6].

Si comprende bene che la semplice presentazione di una persona o di una cosa non è lo scopo finale delle domande

---

[1] Demelius, *Die Exhibitionspflicht*, Wien 1872.

[2] Paulus, fr. 2, e Ulpianus, fr. 9, § 5, *ad exhib.*, X, 4; fr. 3, § 8, *de tab. exh.*, XLIII, 5; fr. 3, § 3, *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29.

[3] Ulpianus, fr. 3, §§ 9 e 14; Gaius, fr. 13, e Paulus, 19, *ad exh.*, X, 4; fr. 4-8, *de edendo*, II, 13.

[4] Ulpianus, fr. 1, § 3, *de edendo*, II, 13. Chi reclama il pagamento di una somma di denaro, può esser perfino costretto a produrre i suoi libri di conti in favore dell'avversario, perchè questi libri fanno prova dei pagamenti che vi si trovano notati a scarico del debitore (Const. 1, 5, 6 e 8, *de edendo*, II, 1).

[5] Ulpianus, fr. 3, § 14, *ad exhib.*, X, 4. Pel diritto italiano vedi le sentenze delle Corti di Brescia 8 febbraio 1875 (Bettini, XXVIII, 2, 345; di Perugia, 2 gennaio 1874 (*Annali*, V, 2, 152), e di Firenze, 25 febbr. 1875 (*ivi*, X, 2, 11).

di esibizione; essa anzi di regola non è che preparatoria ad un' altra azione, reale o personale, il più delle volte all' azione di rivendicazione. Colle domande di esibizione si tende o ad assicurarsi dell' identità o della qualità delle cose di cui si chiede la presentazione, o dello stato in cui si trovano, o ad ottenere la separazione da un' altra, alla quale esse sono congiunte come accessorie, per poterne sperimentare la rivendicazione [1]. Talvolta però l' *actio ad exhibendum* costituisce una azione principale, che tende ad ottenere il risarcimento dei danni.

L' *actio ad exhibendum* appartiene alla categoria delle azioni personali dette *in rem scriptae*, inquantochè può esperimentarsi contro chiunque detenga la cosa, di cui si chiede l' esibizione.

Essa è un' *actio arbitraria* [2]; per la qual cosa se il convenuto si rifiuta di obbedire all' *arbitrium* del giudice, che gli ingiunse la esibizione, l' attore può chiedere l' esecuzione forzata dell' *arbitrium*; e se l' esibizione è impossibile, perchè, per esempio, la cosa reclamata sia stata consumata o distrutta o abbandonata dolosamente, può pretendere che il convenuto venga condannato al risarcimento dei danni.

---

[1] Vedi il vol. I, § 71.
[2] Vedi il vol. I, § 37.

LIBRO QUARTO

DIRITTO DI FAMIGLIA [1].

CAPO I.

Del matrimonio [2].

§ 160.

Concetto e storia del matrimonio.

Anche nel diritto romano il matrimonio è considerato come il fondamento della famiglia e vien definito la comunione assoluta della vita fra uomo e donna [3]. Questa definizione colpisce il rapporto familiare nella sua vera essenza piuttostochè

---

[1] Schupfer, *La famiglia secondo il diritto romano*, Padova 1876; Rivier, *Précis du droit de famille romain*, Parigi 1891; Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi* (Roma 1889), vol. II, p. 280 e segg.. *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* 1889 *Riv. it. di sociologia*, 1902.

[2] Rosbach, *Untersuchungen über die röm. Ehe*, Stuttgart 1853; Esmein, nelle *Mélanges d' histoire du droit*, Paris 1886, pag. 3-36; Brini, *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.*, vol. tre, Bologna 1886, 1888, 1889; Manenti, *Della inopponibilità di condizione a' negozi giuridici e specialmente al matrimonio*; De Ruggero in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* 1903, p. 179 e segg.

[3] § 1. Inst. *de patria potest.*. l. 9: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.* Modestinus, fr. 1. *de ritu nupt.*, XXIII, 2: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*

dedurne il concetto da fini passeggieri e contingenti [1]. Un altro merito dei giureconsulti romani è stato quello di riconoscere che il matrimonio nella sua parte più vitale appartiene ad un campo diverso da quello giuridico, e che il diritto deve principalmente regolare i rapporti economici dei coniugi, che sono una parte accessoria dell' istituto medesimo.

I Romani per altro non ebbero in tutti i periodi della loro storia un concetto così puro del matrimonio come quello che vediamo negli scritti dei giureconsulti classici. Sebbene fino dai primi tempi la base morale della famiglia sia sempre stata saldissima, esclusa sempre la bigamia e altamente rispettata la donna nelle sue domestiche attribuzioni, pure i rapporti personali ed economici dei coniugi non ebbero sempre la medesima libertà ed eguaglianza e seguirono le medesime vicissitudini che subì l' istituto della famiglia romana. Mentre difatti nella prima epoca troviamo sempre unito al matrimonio il potere assoluto del marito sulla persona e sui beni della moglie, cioè la *manus*, questa cede ben presto il luogo al matrimonio libero in cui la donna non perde la sua condizione primitiva.

Le forme diverse con le quali il marito acquistava la *manus* erano la *confarreatio*, la *coemptio* e l' *usus* [2].

Confarreatio. — Questo nome e la cerimonia, che esso sta ad esprimere, ci rappresentano la più antica forma di matrimonio usata nella Roma patrizia. La *confarreatio* non si deve però considerare se non come una delle solennità tradizionali che accompagnavano il matrimonio, il quale si fondava del resto unicamente sul consenso delle parti. La cerimonia si compieva davanti al pontefice massimo, al flamine diale, ed altri sacerdoti, non meno che davanti a dieci testimoni, e consisteva in un sa-

---

[1] La procreazione della prole è però ritenuta momento essenziale. Vedi le disposizioni della *lex Julia et Papia* e ULPIANUS, fr. 39. § 1 *de iure dot.*, XXIII, 3.

[2] Per una congettura probabile intorno all' origine delle diverse forme cfr. PEROZZI, *Problemi di origine*, negli *Studi in onore di V. Scialoia*, II. 190 e seg.

crificio, nel quale adoperavasi la focaccia di farro *(panis farreus, libum farreum)*, ed i contraenti pronunziavano solenni parole e si assidevano sopra sedie unite insieme colla pelle della pecora sacrificata [1]. Questo matrimonio religioso scemò naturalmente sempre più d'importanza colla dissoluzione dell'antica costituzione patrizia, e in tempi posteriori, sotto Tiberio, non comparisce se non come matrimonio proprio dei sacerdoti; dappoichè soltanto figli che nascessero da tali nozze e vivessero alla loro volta in matrimonio confarreato, potevano ottenere i sacerdozii patrizi.

Coemptio. — È incerto in qual rapporto questa seconda forma di matrimonio stesse colla *confarreatio*. Certo è che il concetto, su cui esso riposa, fu comune a tutti i popoli indoeuropei, ed è perciò antichissima. Come lo dice la parola stessa, essa era una cerimonia consistente in una simbolica *mancipatio* della sposa. Lo sposo alla presenza del libripende e di cinque testimoni batteva la bilancia con un pezzetto di rame *(rauduscalum)* e lo passava quindi al venditore della donna, che era naturalmente chi esercitava un potere sopra la medesima: il padre o il tutore. Dopo di che lo sposo domandava alla sposa se voleva entrare nella sua famiglia, ed una corrispondente domanda gli era da essa rivolta. Questo serviva a

---

[1] Gai., I, 112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod Jovi Farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.* Cfr. Ulpianus, IV; Serv. in Verg., *Georg.*, I, 31: *Tribus modis nuptiae fiebant... farre, cum per pontificem maximum et Dialem flaminem per frugem et molam salsam coniungebantur, ex quibus nuptiis patrimi et matrimi nascebantur.* Id., in *Aencid.*, IV, 374: *Mos apud veteres fuit Flamini ac Flaminicae, ut per farreationem ad nuptias convenirent, sellas duas iugatas ovili pelle superiniecta poni ut ibi nubentes velatis capitibus in confarreatione residerant.* — I dieci testimoni stavano probabilmente a rappresentare le dieci curie della tribù dello sposo.

determinare lo scopo e le condizioni della vendita *(lex mancipii)* e a distinguerla così dalla semplice mancipazione [1]. L'istituto della *coemptio* ben presto cadde in disuso e cambiò il suo contenuto iniziale poichè sulla fine della repubblica veniva adoperato dalle donne *sui iuris* per uscire dalla pesante tutela agnatizia.

Usus. — Certo posteriore di tempo alle due precedenti, ma ad ogni modo più antica della legislazione decemvirale, fu la forma meno solenne dell'*usus*. Come nei diritti reali accanto alla *mancipatio* si ebbe la usucapione dei mobili col possesso continuato per lo spazio di un anno, così si attribuirono tutti gli effetti della *coemptio* alla convivenza con una donna continuata egualmente per il corso di un anno. Sarebbe però grave errore lo scorgervi già una legittimazione del concubinato: dacchè la *manus* che si acquistava coll'*usus* presuppone un vero matrimonio, e questo esigeva la maturità del sesso, il connubio ed il consenso ossia la *maritalis affectio* [2].

---

[1] Gai., I. 113: *Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cuius in manum convenit.* Serv. ad Virg., *Aeneid.*, IV. 101, 214. Boet. in Cicer., *Top.*, III. 14: *Coemptio vero certis solemnitatibus peragebatur et sese in coemendo invicem interrogabant, vir ita: an sibi mulier materfamilias esse vellet? Illa respondebat, velle. Item mulier interrogabat: an vir sibi paterfamilias esse vellet? Ille respondebat, velle. Quam sollemnitatem in suis iuris institutis Ulpianus exponit.* — Probabilmente da una cattiva interpretazione del passo relativo d'Ulpiano sorse il concetto espresso da Servio *ad* Verg., *Georg.*, I. 31, e da Isidoro, *Origin.*, X, 24, che la *coemptio* fosse una mancipazione reciproca. — Quanto alla *coemptio fiduciae causa*, vedi più sotto, § 177.

[2] Gai., I, 111: *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nuptui perseverabat: quae enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat: itaque lege XII tabularum cautum erat, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque ita usum cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum.* — Questo modo di acquistare la *manus* era adunque comune ai patrizi ed ai plebei, poichè la legislazione delle XII Tavole riposava sopra consuetudini comuni alle due classi.

Anche questa speciale forma di matrimonio scomparve e appena se ne trovano tracce sotto gli Antonini.

Perchè il matrimonio fosse considerato come *iustae nuptiae*, cioè legittimo, e ne producesse tutti gli effetti, era necessario che esistesse la capacità alle nozze, il reciproco consenso ed il connubio. Sotto quest'ultimo rapporto non valevano quindi come matrimoni legittimi quelli contratti fra patrizi e plebei aventi la legge Canuleia [1] e fra i cittadini romani e latini e peregrini [2]. Non erano del pari considerati come tali le unioni fra prossimi parenti *(incestae, nefariae nuptiae)* [3], fra schiavi ovvero fra liberi e schiavi *(contubernia)* [4] e finalmente fra liberi senza la *maritalis affectio (concubinatus)* [5].

Le forme di sopra descritte investivano, come fu detto, il marito di uno speciale potere sopra la moglie, detto *manus* [6].

Esso consisteva in ciò che non appena la donna era passata nella famiglia del marito *(in manum convenit)* si troncava

---

[1] Come è noto, il *ius connubii* fra patrizi e plebei non fu introdotto se non dalla legge Canuleia alcuni anni dopo la legislazione decemvirale.

[2] Pr. Inst., *de nupt.*, I, 10; Ulpian., X, 2. Ammenochè non fosse loro espressamente accordato il *ius connubii* (Gai., I, 56, 57). Tali matrimonii erano giudicati secondo il diritto delle genti ed i figli seguivano la condizione della madre. Ciò avveniva in origine anche quando la madre fosse cittadina romana; ma una legge *Minicia* fece un'eccezione pel caso che il padre fosse un peregrino, chè allora il figlio seguiva la condizione del padre (Ulpian., X, 8; Gai., I, 78). Nulla fu però innovato quanto ai Latini (Gai., I, 80).

[3] Gaius, I, § 64: *qui nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem videtur habere, neque liberos.*

[4] Paulus, II, 19, § 6: *inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.*

[5] Il concubinato era dapprima la illecita convivenza di un uomo, legato in legittimo matrimonio con una *pellex* (Fest., pag. 222; Gell., IV, 3), ma fu in seguito, in tempi di generale tendenza al celibato, determinato e permesso dalle leggi *Julia de adulteriis* e *Papia Poppaea*. Con questo però il concubinato, privo della *maritalis affectio*, non divenne mai un matrimonio valido. Sull'argomento cfr. Meyer, *Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, Leipzig 1895.

[6] Vedi vol. I, § 10.

ogni rapporto così religioso come privato fra essa e la famiglia dalla quale usciva: essa acquistava i *sacra* del marito, prendeva il luogo di una figlia *(filiae locum obtinebat)* [1] e come tale era anche trattata nella successione ereditaria [2]: il marito acquistava alla sua volta la proprietà della dote e di tutto ciò che essa acquistasse, non meno che il diritto di ucciderla [3], di correggerla, di manciparla.

Questo potere rigoroso andò però lentamente modificandosi, e giunse un tempo in cui si trovò in pieno disaccordo colle idee e coi costumi della società romana. La transizione ad una forma libera di matrimonio si scorge già nell'acquisto della *manus* per mezzo dell'*usus*. Mentre la *manus* si acquistava tosto nel matrimonio confarreato e nella *coemptio*, e non si distruggeva se non con una *diffarreatio* per il primo e con una *remancipatio* per la seconda [4], era possibile alla donna, fuori di quelle due forme, di impedire al marito l'acquisto della *manus* coll'interrompere l'*usus* stando ogni anno tre notti consecutive fuori del tetto maritale *(trinoctii usurpatio)* [5]. Però l'*usus* da prima, poi la *coemptio* cedettero addirittura il luogo nei primi due secoli dell'Impero alla forma libera di matrimonio senza solennità e senza *manus*, che troviamo nel diritto giustinianeo. Il marito non acquistava se non il diritto di uccidere la moglie in caso di adulterio. Del resto quest'ultima rimaneva nella patria potestà del padre suo o nella tutela del suo tutore: conservava il suo patrimonio e tuttociò che acquistava

---

[1] Gai., I, 136. Naturalmente quando il marito fosse stato figlio di famiglia, la moglie prendeva il luogo di nipote *(neptis loco)* del *paterfamilias*: ed in questo caso non assumeva il titolo di *materfamilias*.

[2] Gai., II, 139, 159; III, 14, 24, 82, 84; IV, 38; Ulpianus, XXII, 14.

[3] Questo *ius vitae et necis* era solo mitigato dai costumi nel senso che il marito, tranne il caso di adulterio, non poteva prendere decisione alcuna senza avere convocato e udito un consiglio di famiglia composto dai più stretti parenti. Vedi, per esempio, Tacit., *Ann.*, VIII, 23 e 32.

[4] Fest., s. v. *Diffarreatio: Genus erat sacrificii quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio: dicta diffarreatio quia fiebat farreo libo adhibito.* Gai., I, 137: *Remancipatione desinunt in manu esse et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris effeciuntur.*

[5] Gai., I, 137.

in seguito; e se la dote diveniva proprietà del marito, questi doveva il più delle volte obbligarsi a restituirla in caso di separazione o di morte. La donna apparteneva, per così dire ad una famiglia straniera, tanto che il padre conservava la giurisdizione sopra di lei e poteva anche sciogliere il matrimonio in forza della sua patria potestà.

Sparita finalmente ogni distinzione fra i sudditi dell'Impero più non si dissero *iustae nuptiae* se non quelle contratte colle norme che passiamo ad esporre nel paragrafo seguente.

§ 161.

Requisiti del matrimonio.

Abbiamo già accennato come, in qualunque forma fossero contratte le *iustae nuptiae*, si richiedeva sempre per la loro efficacia la capacità a generare e il consenso dei coniugi. A questi requisiti si deve aggiungere l'assenza di ogni impedimento legittimo.

Capacità. — I coniugi debbono essere pel loro sviluppo fisico atti all'unione sessuale, la quale capacità il diritto romano supponeva nei maschi agli anni quattordici, nelle femmine ai dodici [1]. La sposa minore di dodici anni non diveniva legittimo moglie se non quando continuava a convivere collo sposo fino al compimento di quella età [2]. Incapaci di contrar matrimonio sono gli evirati *(castrati)*, non già gli impotenti *(frigidi, spadones)* ed i vecchi [3].

---

[1] Inst. *de nupt.*, I, 10. — Pel Codice civile l'uomo deve aver compiuto gli anni diciotto, la donna i quindici (at. 55). Cfr. però art. 68.

[2] Pomponius, fr. 2, Dig., *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

[3] Paulus, fr. 39, § 1, *de iure dot.*, XXIII, 3; Const. 10, *de repud.*, V. 17; Nov. 22, cap. 6; Const. 27, *de nupt.*, V. 4; Ulpianus, XVI, 4, 5. — La impotenza dei castrati è manifesta mentre non è lo stesso di ogni altra specie d'impotenza; quindi i romani non ne tennero conto specialmente attesa la libertà del divorzio. La impotenza era dunque causa di scioglimento, non di nullità del matrimonio. Il diritto canonico la ammise come causa di nullità quando si trattasse di impotenza insanabile, preesistente ed

CONSENSO. — Il matrimonio vien posto in essere mediante un contratto. Questo contratto esige soltanto che gli sposi siano capaci di consentire e che il loro consenso sia serio e non simulato [1]. Ma il consenso non è collegato ad una forma determinata qualunque.

Tutte le cerimonie esteriori, che gli scrittori latini ci hanno trasmesse, e fra le quali primeggiava il solenne accompagnamento della sposa alla casa del marito *(in domum deductio)* potevano essere segni più o meno sicuri della esistenza della volontà, della *maritalis affectio,* ma non erano essenziali alla validità del matrimonio [2]. Tanto meno è considerata essenziale la consumazione del matrimonio (così detta *copula carnalis*) [3]. Il contratto di matrimonio non ammette condizioni sospensive, nè termini, siano sospensivi, siano risolutivi [4].

Al consenso dei coniugi deve però aggiungersi quello del genitore o dell' avo, quando i medesimi si trovino sotto il loro potere [5]. Questo consenso non abbisogna di una forma speciale

---

ignorata dall' altro coniuge. Per il Codice civile (art. 107) vale lo stesso principio e si richiede inoltre che l' impotenza sia *manifesta.*

[1] GAIUS, fr. 30, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; MODESTINUS, fr. 14, *de spons.*, XXIII, 1; Cod. civ., art. 61. Una rappresentanza non può naturalmente supplire al difetto di volontà riguardo al matrimonio e quindi il demente non può contrarlo, mentre però la demenza sopravvenuta posteriormente non risolve un matrimonio validamente contratto. PAULUS, fr. 16, § 2, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; ULPIANUS, fr. 8, pr. *de his qui sui,* I, 6.

[2] Const. 22, *de nupt.*, V, 4. Il Codice civile richiede invece certe forme solenni di celebrazione, la mancanza delle quali rende il matrimonio completamente nullo. Vedi art. 70-81, 93-99.

[3] GAIUS, fr. 30, *de reg. iur.*, L. 17: *Nuptias non concubitus sed consensus facit.* ULPIANUS, fr. 32, § 13, *de don. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; fr. 15, *de cond. et dem.*, XXXV, 1. — La copula era invece richiesta dal diritto canonico. Codice civile è ritornato ai principii del diritto romano.

[4] Cfr. MANENTI, *op. cit.*, — Vedi anche Cod. civ., art. 95.

[5] Pr. Inst., *de nupt.*, I, 10; PAULUS, fr. 2, 3; JULIANUS, fr. 18; PAPINIANUS, fr. 35, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; Const. 7, 12, *de nupt.*, V, 4. Per il nipote *ex filio,* oltre il consenso dell' avo, è necessario anche quello del

tantochè può essere accordato anche tacitamente, quando cioè colui che potrebbe opporsi lascia che si contragga il matrimonio [1]. Una ratifica posteriore conferma il matrimonio già contratto, ma non in guisa da produrre effetti retroattivi [2]. Quando colui che è rivestito della *potestas* non possa manifestare il suo consenso, perchè sia assente o prigioniero di guerra, il consenso diviene inutile dopo tre anni ed anche prima se può ritenersi come verosimile [3]; quando non lo possa per demenza o imbecillità, il consenso deve essere supplito dal magistrato, uditi il curatore ed i membri più distinti della famiglia [4]; quando finalmente lo rifiuti senza sufficiente motivo, esso può esser supplito dal magistrato [5]. I figli finalmente *sui iuris* abbisognano del consenso paterno solo quando siano donne e minori [6].

---

padre, poichè i figli nascituri saranno per ricadere nella potestà di quest'ultimo, ne è ammissibile che *ei invito suus heres agnascatur*. Non è così per la nipote *ex filio*, i cui figli cadranno sotto la potestà di un altro. PAULUS, fr. 9, pr., *de rit. nupt.*, XXIII, 2. Non è necessario invece il consenso della madre, dell'ava, di altri parenti o del tutore. PAULUS, fr. 20, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; Const. 8, *de nupt.*, V, 4. Vedi invece Cod. civ., art. 63-67, sull'interpretazione di quest'ultimo articolo, nell'*Archivio giur.*, le memorie del SILVA (VI, 513-521; VIII, 538-550), del MAZZARA (II, 459-463) e del LORDI (XXXVII, pag. 477), ove osservammo in nota che la prima parte dell'art. 67 stabilisce la massima generale che contro il rifiuto di consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela si può far richiamo alla Corte d'appello, e poi aggiunge alla regola generale un caso speciale, cioè che il figlio maggiore di età può in suo nome far detto richiamo. Seguono nel primo capoverso gli altri casi di richiamo nell'interesse della figlia o del figlio minore di età; ma tanto a questo come al primo caso del figlio maggiore si riferisce la disposizione generica della prima parte dell'art. 67.

[1] Const. 5, *de nupt.*, V, 4.

[2] Pr. Inst., *de nupt.*, I, 10; fr. 12 § 6, *ad leg. Iul. de ad.*, XLVIII, 5.

[3] ULPIANUS, fr. 9, § 1; PAULUS, fr. 10 a JULIANUS, fr. 11, *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

[4] Pr. Inst., *de nupt.*, I, 10; Const. 25, *de nupt.*, V, 4; cfr. Const. 28, *de episc. aud.*, I, 4.

[5] MARCIANUS, fr. 19, *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

[6] MODESTINU, fr. 25, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; Const. 18 e 20, *de nupt.*, V, 4.

È da osservarsi finalmente, quanto al consenso, che esso può fare assolutamente difetto nel caso di un errore essenziale, quale sarebbe quello sulla identità della persona [1]. Quando però esso sia stato ottenuto con mezzi illegittimi, come sarebbe con minacce, il matrimonio non è per questo meno valido [2], nè vi si possono applicare i rimedi dell'*actio quod metus causa*, della restituzione in intiero, ecc. L'unico rimedio è in questo caso offerto dalla libertà del divorzio.

ASSENZA DI IMPEDIMENTI. — Gli impedimenti ad un matrimonio possono essere assoluti o relativi, secondochè si oppongano al matrimonio con qualsiasi persona oppure con alcune determinate persone.

Sono impedimenti assoluti: la schiavitù [3], un matrimonio ancora esistente [4] il voto di castità e gli ordini maggiori [5]. La vedova inoltre non può durante l'anno di lutto contrarre matrimonio senza incorrere nell'infamia [6]. È punito del pari, ma non dichiarato nullo, il nuovo matrimonio dell'adultera rimandata dal marito [7].

---

[1] Quanto all'errore nella persona come causa di nullità del matrimonio nella legislazione italiana, si può consultare nell'*Archivio giur.* le memorie di CASTELLINI (V, 218-244); BUNIVA (V, 453-461; VIII, 429-451); e PALLOTTI (VI, 231-267, 289-313), tra i quali la questione fu agitata.

[2] Fr. 22, *de ritu nupt.*, XXIII, 2: *Si patre cogente duxit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur.* Cfr. 21, *quod met. causa*, IV, 2.

[3] Però nel diritto giustinianeo era valido il matrimonio di un libero colla propria schiava, dacchè esso ne implicasse la manumissione (Const. un., § 9, *de lat. lib. toll.*, VI, 6; Nov. 22, cap. 11).

[4] La bigamia non solo non è ammessa (§§ 6, 7, Inst., *de nupt.*, I, 10: ULPIANUS, fr. 11, *de div.*, XXIV, 2; Nov. 18, cap. 5), ma è anche punita (Const. *de inc. nupt.*, V, 5; Const. 18, *ad leg. Iul. de ad.*, IX, 9; Cod. civ., art. 56.

[5] Nov. 5, cap. 8; Nov. 6, cap. 1, § 7; Const. 45, *de episc. et cler.*, I, 3; Nov. 22, cap. 42; 123, cap. 14. — Vedi nell'*Archivio giur.*, DE MARINIS (XV, 411-435).

[6] Lo scopo di questo impedimento è quello di evitare le incertezze della paternità (*turbatio sanguinis*). JULIANUS, fr. 1, e ULPIANUS, fr. 11, § 1, *de his qui not. inf.*, III, 2; Cod. civ., art. 57.

[7] MODESTINUS, fr. 26, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; fr. 29, *ad leg. Iul. de adult.*, XLVIII, 5.

Sono impedimenti relativi:

1° La parentela, in quanto sono considerate come nozze incestuose quelle contratte fra ascendenti e discendenti [1], tra fratelli e sorelle [2], con fratelli e sorelle del proprio ascendente o coi discendenti dei propri fratelli o sorelle *(respectus parentelae)* [3], fra persone adottante e adottata, e fra questa e i collaterali in secondo grado e fratelli e sorelle dell'adottante [4]; fra affini in linea retta all'infinito, in linea collaterale in secondo grado [5]; tra quasi-affini, cioè tra l'ascendente adottivo e il coniuge del figliastro o viceversa [6], fra patrigno e vedova del figliastro o viceversa [7], fra il coniuge separato e i figli che l'altro coniuge ha avuto da altre nozze [8], fra la persona fidanzata e gli ascendenti o discendenti dall'altra [9], finalmente fra il padrino e la figlioccia [10].

2° La diversità di religione, per la quale sono vietate le nozze fra cristiane ed ebrei [11].

---

[1] § 1, Inst., *de nupt.*, I, 10; Gaius, fr. 53 e fr. 55, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; Const. 17, *de nupt.*, V, 4; Cod. civ., art. 58. — Per questo e per gli altri due impedimenti basta la parentela naturale, quindi anche la *servilis cognatio*.

[2] Scaevola, fr. 54, *de rit. nupt.*, XXIII, 2; § 2, Inst., *de nupt.*, I, 10; Cod. civ., art. 59.

[3] §§ 3 e 5, Inst., *de nupt.*, I, 10; Gaius, fr. 17, § 2, e Paulus, fr. 39, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; Const. 17, *de nupt.*, V, 4; Const. 9, *de inc. nupt.*, Cod. civ., art. 59.

[4] §§ 1, 2 e 6, Inst., *de nupt.*, I, 10; Paulus, fr. 10; Gai., fr. 17 e fr. 55, *de ritu nupt.*, XXIII, 2. Estinguendosi però l'adozione, perdura l'impedimento solo fra ascendenti e discendenti, non fra collaterali. Cod. civ., art. 60.

[5] Const. 5, 8 e 9, *de inc. nupt.*, V, 5; §§ 6 e 7, Inst., *de nupt.*, I, 10; Cod. civ., art. 69.

[6] Paulus, fr. 14, § 1 e ult. *de ritu nupt.*, XXIII, 2. Anche in questo caso l'impedimento continua nonostante la cessazione del vincolo adottivo.

[7] Papinianus, fr. 15, *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

[8] § 9, Inst., *de nupt.*, I, 10.

[9] § 9, Inst., *de nupt.*, I, 10; fr. 12, §§ 1-2; Paulus, fr. 14, § 1, *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

[10] In conseguenza della parentela spirituale. Const. 26, *de nupt.*, V, 4.

[11] Const. 6, *de iud.*, I, 9.

3° Una certa posizione od ufficio, per cui chi sostiene una pubblica carica in una provincia, nel tempo che la sostiene, non può sposare alcuna donna appartenente per origine o domicilio a quella provincia [1].

4° L'ufficio della tutela, in quanto il tutore ed il curatore, i loro discendenti ed eredi, non meno che coloro che abbiano sopra di essi la patria potestà, non possono sposare la pupilla prima del rendimento dei conti e prima che sia scorso il termine della restituzione in intiero per minore età [2].

5° Finalmente l'adulterio e il ratto, i quali reati escludono per sempre le nozze fra le persone che vi avevano preso parte [3].

---

[1] PAULUS, fr. 38, *de ritu nupt.*,XXIII, 2; Const. un., *si rect. prov.*, V. 2; Const. un., *si quae. praedil. pot.*, V, 7. Gli impedimenti nascenti da ogni altra varietà di posizioni sociali furono aboliti da Giustiniano. Essi derivano dalla legge Julia e Papia, la quale inibiva ai senatori e figli di senatori di contrar matrimonio con libertine (ULPIANUS, XIII, 1; XIV, 2; PAULUS, fr. 44, *de ritu nupt.*, XXIII, 2), ai medesimi non meno che in generale agli ingenui di sposare persone famose, persone *quae artem lubricam fecerint* e meretrici *(nuptiae indecorae)* (ULPIANUS, fr. cit., e § 1 *eod.*); da un senatusconsulto sotto Adriano che assolutamente proibiva il matrimonio di un senatore o figlio di senatore con una libertina (PAULUS, fr. 16, pr. e MODESTINUS, fr. 42, § 1, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; ULPIANUS, fr. 3, § 1, *de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1); finalmente una costituzione di Costantino che proibiva sotto pena d'infamia ai senatori prefetti e decemviri le nozze con *humiles abiectaeve personae* (Const. 1, *de nat. lib.*, V, 7).

[2] PAULUS, fr. 36; fr. 59; fr. 60, pr. e § 7; PAPINIANUS, f. 62, § 2; CALLISTRAT., fr. 64, §§ 1, 2; PAULUS, fr. 66; TRIPHONINUS, fr. 67 pr. §§ 1, 2, *de ritu nupt.* XXIII, 2; Const. 5 e 6, *ds interd. matr.*,, V, 6. Non era però vietato il matrimonio del pupillo colla figlia del tutore.

[3] PAPINIANUS, fr. 13, *de his quae ut indign.*, XXXIV, 9; Nov. 134, cap. 13; Const. un., *de raptu virg.*, IX, 13. — Per il Codice civile (articolo 62) è un impedimento nascente da delitto l'omicidio volontario o la complicità in esso, sia commesso, mancato o tentato sopra la persona di un coniuge; affinchè la speranza delle nozze non spinga al delitto, esse sono escluse fra l'altro coniuge e il reo o il complice.

Da un testo di Dione Cassio, e soprattutto dai papiri, sappiamo anche dell'esistenza di un divieto di matrimonio per i soldati; sulla natura e sui

La mancanza di uno dei suaccennati requisiti porta seco la invalidità delle nozze, talchè esse possono essere risolute ad ogni momento ad arbitrio dei contraenti senza alcun effetto giuridico. Il diritto canonico modificò le disposizioni del diritto romano sia quanto agli impedimenti [1], sia riguardo alla invalidità del matrimonio, ammettendo per la sua esistenza la necessità di una azione di nullità da promuoversi davanti alla autorità competente [2], sia coll' accettare una distinzione straniera al diritto romano fra impedimenti che annullano assolutamente e semplicemente differiscono il matrimonio: *dirimentia, impedientia,* [3]. Il diritto romano accordò in alcuni casi all' lm-

---

limiti di questo impedimento, l' una e gli altri molto discussi, cfr. SCIALOJA, *Il papiro giudiziario Cattaoni e il matrimonio dei soldati romani.* nel *Bull. Ist. dir. rom.*, IX; TASSISTRO, *Il matrimonio dei soldati romani,* Roma 1900; STELLA-MARANCA. *Il matrimonio dei soldati romani,* Roma 1902; MEYER, nell'*Archiv. für Papyrusforschung,* III.

[1] Per parentela o per affinità l' impedimento va per diritto canonico fino al quarto grado inclusivo della linea collaterale. Per le disposizioni del Concilio tridentino gli impedimenti nascenti da concubinato, da sponsali, da parentela spirituale furono limitati al secondo grado per il primo, al primo grado per i secondi, per la parentela spirituale finalmente solo fra padrino e figliocci e i suoi genitori. Quanto alla religione il matrimonio era proibito anche fra ortodossi ed eretici. Gli impedimenti nascenti da adulterio e ratto furono limitati dal diritto canonico nel senso che l' adulterio costituisce impedimento sol quando uno degli adulteri od ambedue hanno insidiato alla vita dell' altro coniuge, o durante il matrimonio si sono accordati pel caso del suo scioglimento e nel caso del ratto è ammesso il matrimonio quando la rapita, ridotta che sia in un luogo sicuro, vi consenta. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique,* Paris 1891.

[2] Anche il Codice civile esige l' azione di nullità e la dichiarazione della medesima fatta dal Tribunale (104-106).

[3] Si vogliono annoverare fra gli impedienti gli impedimenti ammessi dal diritto romano per l' anno del lutto e per gli sponsali contratti con altra persona; ma in realtà i Romani non hanno conosciuto la distinzione fra impedimenti che annullino e che differiscano le nozze. Gli impedimenti del diritto canonico sono gli sponsali con l' altra persona, il voto non solenne di castità, il tempo proibito (dall' Avvento all' Epifania e dal mercoledì delle Ceneri fino a Pasqua), il termine delle denunzie, la loro mancanza, il termine per la risoluzione di opposizioni elevate. — Il Codice civile non riconosce la nomenclatura del diritto canonico; però esistono alcuni impe-

peratore la facoltà di dispensare dagli impedimenti alle nozze [1]. Questo diritto di dispensa fu accordato dal diritto canonico al Romano Pontefice, dal Codice civile italiano al Re [2].

§ 162.

Degli sponsali.

Il matrimonio può essere preceduto dagli sponsali *(sponsalia)*, ossia da un contratto sopra la futura celebrazione del medesimo [3].

I requisiti per la validità degli sponsali sono quei medesimi che vedemmo per il matrimonio. Solamente quanto alla capacità possono contrarre gli sponsali anche gli impuberi *(infantiae maiores)*. Quanto al consenso esso non abbisogna neppure per gli sponsali di alcuna forma e può essere manifestato anche per mezzo di rappresentante [4]; ma il padre può fidanzare la sua figlia in *potestate* anche senza l'assentimento di questa, purchè non si tratti di persona indegna o turpe [5]; quanto agli impedimenti, non valgono per gli sponsali quelli

---

dimenti proibitivi (vedi PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, §§ 234-235).

[1] PAULUS, fr. 10, *de his qui not. inf.*, III, 2; fr. 31, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; Const. 7, *de interd. matr. int. tut.*, V, 6. Tit. Cod., *si nupt. ex rescr. pet.*, V, 8.

[2] Pel Codice civile il Re può dispensare dagli impedimenti nascenti da affinità, da vari gradi di parentela e da mancanza dell'età legale (art. 68).

[3] ULPIANUS, fr. 1, *de spons.*, XXIII, 1: *Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum.* FLORENTINUS, fr. 2, *cod.*: *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.* Cod. civ., art. 53.

[4] ULPIANUS, fr. 4, pr. § 1 e PAULUS, fr. 7, pr. *de spons.*, XXXIII 1. Il Codice civile richiede anche qui certe forme speciali perchè ne sorgano effetti civili (art. 54).

[5] PAULUS, fr. 7, § 1; JULIANUS, fr. 11; ULPIANUS, fr. 13, *de spons.*, XXIII, 1.

nascenti da un certo ufficio, e dall'anno del lutto [1]. L'apposizione di una condizione e di un termine non ripugna agli sponsali.

Per quello che riguarda gli effetti giuridici degli sponsali essi non dànno vita ad alcuna azione che costringa al matrimonio promesso [2], anzi la stipulazione di una pena, che fosse aggiunta ad essi pel caso d'inadempimento della promessa, è invalida come contraria ai buoni costumi [3]. Però gli sponsali avevano effetti analoghi al matrimonio, per la quasi affinità che ne nasceva, per l'ostacolo ad altri sponsali o ad altre nozze [4], per il debito di fedeltà [5], per il diritto del fidanzato di vendicare le ingiurie fatte alla sposa [6] e perchè assicuravano il carattere matrimoniale della unione poscia avvenuta. Quanto alle caparre che si solevano dare a conferma degli sponsali *(arrhae sponsalitiae)* colui che le riceve deve rendere il doppio, e colui che le dette perde ogni diritto alla restituzione, quando il matrimonio non si verifica per loro colpa: la quale può consistere così in un inadempimento ingiustificato, come pure nell'offrire all'altro una

---

[1] Modestinus, fr. 14, *de spons.*, XXIII, 1; Paulus, fr. 38, pr. *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

[2] Const. 1, *de spons.*, V, 1; Const. 2, *de repud.*, XXIII, 16. Così anche l'art. 53 del Codice civile.

[3] *Quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.* Papinianus, fr. 71, § 1, *de cond. et dem.* XXXV, 1; Paulus, fr. 134, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1; Const. 5, Cod., *de spons.*, V, 1; cfr. Const. 2, *de inut. stip.* VIII, 39. Del diritto antico dei popoli del Lazio pare che un'azione stesse a sanzionare gli sponsali *(actio ex sponsu)* obbligando la parte colpevole a pagare una somma di danaro. Ciò non fu mai nel diritto romano, anzi si considera come non apposta la *stipulatio poenae* negli sponsali. Vedi Pacchioni, *Actio ex sponsu*, nell'*Archivio giur.*, XXXIX, 385-452.

[4] Chi nonostante i contratti sponsali ne contraeva altri o si maritava e chiunque l'avesse imposto ai figli in forza della patria potestà incorreva nell'infamia. Julianus, fr. 1; Ulpianus, fr. 13, §§ 1, 2, 3 e 4, *de his qui not. inf.*, III, 2.

[5] Const. 5, *de spons.*, V, 1; fr. 13, §§ 3 e 8, *ad leg. Jul.*, XLVIII, 5.

[6] Ulpianus, fr. 15, § 24, *de iniur.*, XLVII, 10.

giusta causa di recedere dalla fatta promessa [1]. Quando però chi riceve la caparra sia minore è obbligato alla sola restituzione del *simplum*. I donativi poi, che sogliono farsi i fidanzati *(sponsalitia largitas, munera)*, ricadevano sotto le regole comuni delle donazioni [2], e solo dopo una costituzione di Costantino potevano essere ripetuti pel caso di inadempimento della promessa quando però il ripetente non fosse in colpa; e di più quando l'inadempimento si verificasse per la morte di uno dei fidanzati, nel qual caso la sposa baciata, nel contrarre degli sponsali *(interveniente osculo)*, o il suo erede lucravano la metà dei donativi [3].

Gli sponsali si risolvono colla morte, col posteriore verificarsi di un impedimento al matrimonio, col mutuo dissenso, colla semplice manifestazione di volontà di una parte *(repudium)*. Chi recedeva dal contratto in quest'ultima guisa, non era tenuto ad addurne le cause e solo la sua dichiarazione doveva essere espressa e soggetta a certe forme, onde distinguere lo sfogo del maltalento passeggero dal fermo proposito [4].

§ 163.

Rapporti giuridici nascenti dal matrimonio.

I rapporti che nascono fra i coniugi in seguito al matrimonio non sono tutti di natura giuridica. Così nel diritto romano come nel diritto moderno il matrimonio è un istituto

---

[1] Const. e e 5, *de spons.*, V, 1. Cfr. su quest'ultima costituzione il RICCOBONO in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, IX, p. 292, e *Studi per Pepere*, 1900.

[2] JULIANUS, fr. 1, § 1, *de donat.*, XXXIX, 5; Const. 10, 11, *de donat. ante nupt.*, V, 3.

[3] Const. 15 e 16, *de donat. ante nupt.*, V, 3. — Pel Codice civile il promittente che ricusi senza giusto motivo di eseguire la sua promessa risultante da atto pubblico o da scrittura privata o dalle pubblicazioni, è obbligato a risarcire l'altra parte delle *spese fatte per causa del promesso matrimonio* (art. 54).

[4] Const. 1, *de spons.*, V, 1; Const. 2, *de repud.*, V, 17; fr. 2, § 2, *de divort.*, XXIV, 2.

sociale, nel quale l'elemento morale ha una grandissima parte, e sfugge quindi sotto molti rapporti alle disposizioni giuridiche. È di queste soltanto che dobbiamo occuparci in questo luogo.

I rapporti giuridici fra i coniugi sono di doppia natura, secondo che riguardino le loro persone o i loro averi: essi sono rapporti giuridici *personali* e *patrimoniali*.

Rapporti personali fra i coniugi. — Appunto per il concetto che i Romani si formarono dei rapporti nascenti dal matrimonio, poche sono le norme del diritto relative a rapporti personali dei coniugi. Esse hanno più specialmente riguardo alla giurisdizione famigliare ed a certi diritti inerenti alla rappresentanza della persona della moglie. Abbiamo già esposto quale fosse la condizione della donna che veniva nella *manus* del marito. Ma anche nei matrimoni liberi il marito ebbe sempre un potere disciplinare ed una giurisdizione criminale sopra la moglie che mancasse ai suoi doveri. Quel potere discendeva, secondo i Romani, non già dal rapporto singolare della *manus*, ma dal diritto stesso maritale [1]. I diritti del marito erano però molto più limitati riguardo alla moglie che riguardo ai figli. In un solo caso egli aveva diritto di vita e di morte sulla moglie, quando cioè la cogliesse in flagrante adulterio: ed anche in questo caso doveva uccidere insieme ad essa l'adultero [2]. In tutti gli altri egli era obbligato a convocare pel *iudicium domesticum* un consiglio di parenti [3]. Chi non osservasse questa antichissima consuetudine era punito [4]. Nei più antichi tempi la sentenza era sovente di morte [5], ma più tardi soleva pronunziarsi soltanto il

---

[1] Cfr. Cicer., *De repub.*, IV, 9: *Nec vero mulieribus praefectus praeponatur, qui apud Graecos creari solet, sed sit censor, qui viros doceat moderari uxoribus.*

[2] Gell., X, 23; Senec., *De ira*, 1; Quintil., V, 10.

[3] Dion., V, 25; Tacit., *Ann.*, XIII, 32. — I parenti erano naturalmente di ambe le parti (Polyb., VI, 2).

[4] Cfr. Val. Max., II, 9, 2.

[5] Tacit., *Ann.*, XIII, 32; Plin., XIV, 13; Val. Max., VI, 3, 7; Dion., II, 25.

divorzio [1]. La donna non doveva soltanto al marito fedeltà coniugale, ma anche riverenza; dal suo lato il marito doveva tenere in casa buon contegno, era punito se col suo cattivo esempio aveva corrotto i costumi della moglie ed era tenuto infine ad alimentarla.

La donna era considerata per il diritto pubblico dei Romani come esclusa dal consorzio politico [2]. Il marito quindi era sempre il rappresentante della moglie: e aveva per conseguenza contro terze persone l'azione di ingiurie quando la sua consorte fosse stata insultata [3]. Per la stessa ragione egli poteva ripeterla da chiunque la trattenesse illegalmente con un interdetto analogo a quello che spettava al padre per i propri figli *(interdictum de uxore exhibenda et ducenda)* e che nel secondo secolo dopo Cristo fu concesso al marito anche contro il suocero, che avesse conservata la sua patria potestà sulla figlia maritata [4]. Un'ultima conseguenza del concetto romano sui rapporti coniugali si era che le sottrazioni fatte dalla moglie nella casa del marito non furono mai considerate come un vero e proprio furto: tantochè il marito (e poi anche la moglie verso il marito) non poteva sperimentare l'*actio furti*, che portava seco l'infamia, ma l'*actio rerum amotarum*, una azione singolare, che era una *condictio*, ma non aveva quelle

---

[1] Val. Max., II, 9, 2. — Come i più gravi reati domestici della moglie si consideravano nei tempi più antichi, oltre l'adulterio, il bever vino di nascosto (Dion., II, 25; Plin., XIV, 13; Gell., X, 23), magia ed omicidio (Plut., *Rom.*, 22), falsificazioni di chiavi (Plut., loc. cit.), più tardi ancora l'esercizio di culti stranieri (Tac., *Annali*, XIII, 32).

[2] Il diritto del marito e del padre era così rispettato che l'esecuzione stessa della donna condannata in un pubblico giudizio era dal magistrato rilasciata alla famiglia. Vedi Liv., XXXIX, 18; Val. Max., VI, 3, 7. La moglie partecipava al rango del marito e aveva comune con esso il domicilio. Paulus, fr. 22, § 1, e Papir. Justus, fr. 38, § 2, *ad munic.*, L, 1; Const. 13, *de dign.*, XII, 1.

[3] Gai., III, 221; Paulus, *Sentent.*, V, 4, 3; Ulpianus, fr. 1, § 3, e fr. 11, § 7, *de iniur.*, XLVII, 10; § 2, Inst., *de iniuriis*, IV, 4.

[4] Ulpianus, fr. 1, § 5, e Hermogenianus, fr. 2, *de lib. exhib.*, XLIII, 30; Const. 11, *de nupt.*, V, 4.

rigorose conseguenze ed era data soltanto sciolto il matrimonio [1].

RAPPORTI PATRIMONIALI FRA I CONIUGI [2]. — Bisogna distinguere a questo riguardo i matrimoni colla *manus* e senza la *manus*. Nei primi tempi tutto il patrimonio attivo della moglie passava di diritto nel patrimonio del marito [3], e tuttociò che essa acquistava durante il matrimonio era del pari acquistato al marito [4]. È da notare però che questo diritto rigoroso fu molto limitato in fatto dai costumi famigliari [5] e dalla pratica. Se infatti per la *capitis deminutio*, che soffriva la donna passando sotto la *manus* del marito, tutti i suoi debiti venivano ad estinguersi, ne erano escluse le obbligazioni in conseguenza di una eredità, di un delitto, o di un deposito, ed anche per le altre rimaneva la obbligazione naturale; e, se il marito non rispondeva per la moglie, il pretore rimediava accordando un' azione utile ai creditori [6]. Se poi durante il

---

[1] PAULUS, fr. 1, *de act. rer. am.*, XXV, 2: *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerrae et Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furtum quidem ea facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure: nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.* — Le parole *nam in honorem ... negatur* sono dei compilatori, ai quali è dovuta l' intrusione del concetto della *reverentia* fra i coniugi a spiegazione del diritto antico: onde l' interpolazione di altri testi. Per gli antichi l' *a. furti* era esclusa perchè il principio del matrimonio *cum manu*, che cioè la moglie fosse *filiafamilias*, reagì anche nel matrimonio libero. Cfr. su ciò ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la reverentia fra coniugi*, nella *Riv. ital. per le sc. giur.*, 1906.

[2] CAMICI, *Del regime patrimoniale nel matrimonio romano*, Firenze 1882, e per il Codice civile PAOLI, *Del matrimonio rispetto ai beni*, Torino 1887.

[3] CICER., *Top.*, IV, 23; GAI., II, 98; III, 83.

[4] GAI., II, 86, 90; III, 163; ULPIANUS, XIX, 18, 19.

[5] COLUM., *de r. r.*, 12, *praef.*: *Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut foemina esse iuris sui diceret.* Cfr. PLAUT., *Cas.*, II, 2, 26 e seg.; TERENT., *Andr.*, I, 5, 61.

[6] GAI., III, 84; IV, 38.

matrimonio la moglie si obbligava positivamente verso i terzi o commetteva un delitto, i creditori potevano rivolgersi verso di lei, ed anche far vendere i suoi beni, quando il marito non ne rispondesse [1].

Nei matrimoni liberi la moglie, che non fosse sotto la potestà del padre, aveva la libera proprietà ed amministrazione dei suoi averi [2]. Essa era però dipendente per alcuni atti dal suo tutore. Un rapporto singolare poi era quello dei beni dotali, dei quali passiamo a dire nel seguente paragrafo.

§ 164.

Della dote e dei beni parafernali [3].

Dos o *res uxoria* stette a significare da prima i beni, che la moglie portava al marito in generale, e venne poi a designare il concetto giuridico di quei beni, che la moglie porta al marito per sostenere i pesi matrimoniali *(ad sustinenda onera matrimonii)* e che questi deve restituire in caso di scioglimento del matrimonio [4].

La dote non è concepibile senza matrimonio [5]; però essa non dovette certamente esistere nei primi tempi sotto il regime della *manus* [6], e non divenne un vero e proprio istituto giuridico, se

---

[1] Gai., IV, 80.

[2] Vedi più sopra, § 160.

[3] Czyhlarz, *Das röm. Dotalrecht*, Giessen 1870; Gide, *Du caractère de la dot en droit romain*, Paris 1871; Mancaleoni, *Origine storica dell' obbligo di dotare in diritto romano*, nell' *Archivio giur.*, XLVII, 537-546; D' Ancona R., *Il concetto della dote nel dir. rom.*, Firenze 1889; Petroni, *La funzione della dote romana*, Roma 1895; Solazzi, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Rocca S. Casciano, 1899.

[4] Cod. civ. ital., art. 1388.

[5] Florentinus, fr. 3, *de iure dot.*, XXIII, 3: *Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.*

[6] L' idea della dote in senso tecnico è veramente inconciliabile col concetto della *manus*. Sembra però che su questo punto si verificasse un cangia-

non quando aumentati i divorzi capricciosi (vedi più sotto § 168) si sentì il bisogno di raffrenare la cupidigia dei mariti. Fin da quando però si generalizzarono i matrimoni liberi, la dote divenne una condizione indispensabile al collocamento delle fanciulle [1] ed una consuetudine così universale e radicata, che parve un punto d'onore il dotare le figlie e le sorelle [2] e si considerò anzi come cosa che interessasse l'ordine sociale e lo Stato [3]. Sotto l'Impero finalmente si obbligarono alla dotazione anche i più prossimi parenti [4].

Per diritto giustinianeo sono obbligati per legge a costituire la dote il padre [5] rispettivamente l'avo paterno e in sussidio la madre [6].

---

mento negli ultimi tempi della repubblica, quando cioè l'istituto della dote si era già giuridicamente determinato. Forse l'interpretazione dei giureconsulti ammise che tutto il patrimonio della donna passasse al marito nel caso di matrimonio colla *manus*, ma non è più a titolo di proprietà assoluta, bensì a titolo di dote. Vedi CICER., *Top.*, 4: *Cum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.* Cfr. CICER., *Pro Flacco*, 34, 35; *Vatic. fragm.*, 115: *Verum est quod a quibusdam dicitur, omnia in dotem dari bona posse? Paulus respondit, recte dotem datum; dari posse, argumento esse in manum conventionem.*

[1] PLAUT., *Aulul.*, II, 2, 13 e seg.

[2] Id., *Trin.*, III, 2, 63 e seg.

[3] TERENT., *Phorm.*, II, 3, 62 e seg.: *An ne hoc quidem ego adipiscar quod ius publicum est.* ULPIANUS, fr. 2, *de iur. dot.*, XXIII, 3; POMPONIUS, fr. 1, *solut. mat.*, XXIV, 3: *Cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.* PAULUS, fr. 18, *de reb. auct. iud. poss.*, XLII, 5.

[4] MARCIANUS, fr. 19, *de ritu nupt.*, XXIII, 2: Const. 6, *de iur. dot.*, V, 12. (Sull'obbligo dei clienti di dotare le figlie dei patroni vedi DION., II, 10). — Il Codice civile italiano (art. 147) nega ai figli ogni azione verso i genitori per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio. Vedi sull'argomento FRUGONI, nell'*Archivio giuridico*, IV, 471-511.

[5] MARCIANUS, fr. 19, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; PAULUS, fr. 17, *de Sc. Maced.*, XIV, 6; CELSUS, fr. 6, *de collat.*, XXXVII, 6; Const. 7, *de dotis promiss.*, V, 11. L'obbligo di dotare, che incombe agli ascendenti paterni, esiste anche a favore della figlia emancipata. Const. 7, *de dotis promiss.*, V, 11. Cfr. ULPIANUS, fr. 1, § 10, *si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5; Nov. 97, cap. 5.

[6] Const. 15, *de iure dot.*, V, 12; cfr. Const. 19, § 1, *de haeret.*, I, 5.

La dote può consistere in qualsiasi vantaggio patrimoniale, quindi così in danaro come in fondi, in mobili, in servi, in cessioni o costituzione di crediti, remissione di un debito, ecc.[1].

COSTITUZIONE DELLA DOTE. — La dote deve essere costituita per un atto speciale, e lo può essere non solo dalla donna, ma anche da qualunque altra persona. A seconda delle persone che la costituivano, prendeva diversi nomi. Così dicevasi *dos profectitia* quella che era costituita dal padre e dall'avo della donna e che esciva quindi dai beni della famiglia[2], mentre era *dos adventicia* quella che era costituita da un'altra persona qualunque *(quae a quovis alio data est)*, dalla donna stessa, dalla madre, dal fratello, da un estraneo[3]. Quando quest'ultimo si riserbava la restituzione della dote per il caso dello scioglimento del matrimonio, si parlava di una *dos recepticia*[4]. Finalmente la dote era *necessaria* o *voluntaria*, secondochè veniva costituita dalla persona obbligata alla dotazione o da altre persone.

Quanto alla forma della sua costituzione si distingueva nell'antico diritto romano una *datio dotis*, una *dictio dotis*, una *promissio dotis*[5]. La prima era una formale consegna delle cose destinate in dote, sia colla mancipazione o colla cessione *in iure*, sia colla tradizione e susseguente usucapione[6]. La *dotis dictio* era una semplice promessa verbale con la solenne for-

---

[1] Fr. 4, § 2, *de iur. dot.*, XXIII, 3; JULIAN., fr. 21, *de pact. dotal.*, XXIII, 4.

[2] Era profettizia anche la dote costituita per le figlie emancipate. ULPIANUS, fr. 5, pr. *de iure dot.*, XXIII, 3.

[3] ULPIANUS, VI, 3; PAULUS, fr. 12, § 3, *de admin. tut.*, XXVI, 7; *Vatic. fragm.*, 269; ULPIANUS, fr. 5, § 11; POMPONIUS, fr. 6, pr. e § 1; ULPIANUS, fr. 29; JULIANUS, fr. 41; fr. 48, § 1; CELSUS, fr. 58 e MARCELLUS, fr. 59, § 2 *de iur dot.*, XIII, 3; CELSUS, fr. 6, *de collat.* XXXVII, 6; Const. 9, *de pact.* V, 14.

[4] ULPIANUS, VI, 5; GAIUS, fr. 31, 2, *de mort. caus. don.*, XXXIX, 6.

[5] ULPIANUS, VI, 1: *Dos aut datur aut dicitur aut dicitur aut promittitur.*

[6] GAI., II, 63; Cfr. TERENT., *Phorm.*, II, 1, 67; IV, 5, 11; PLAUT. *Cistell.*, II, 3, 19; POMPONIUS, fr. 6, § 1 e ULPIANUS, fr. 8, § 3, *de iur. dot.* XXIII, 3.

mola « DOTI ERIT », di cui v'hanno tuttora tracce nelle Pandette; questa promessa aveva gli effetti obbligatorii di una stipulazione [1]. La *promissio* finalmente era una promessa in forma di stipulazione [2]. In quanto era fatta al marito essa non creava soltanto un'obbligazione a costituire la dote, ma la costituiva addirittura. Nel diritto posteriore non si conosceva se non una *datio* ed una *promissio* di dote, e quest'ultima poteva esser fatta in qualunque modo senza bisogno di una forma speciale [3]. La dote può essere costituita come pure aumentata tanto prima quanto dopo la conclusione del matrimonio [4].

In occasione della costituzione della dote soleva stendersi un istrumento scritto *(tabulae nuptiales instrumentum nuptiale, instrumenta dotalia, tabulae dotis)*, il quale conteneva per lo più convenzioni accessorie, per esempio sulla restituzione della dote, sul tempo, sul modo, sulla persona, ecc. Questi patti nu-

---

[1] ULPIANUS, fr. 19, § 2, *de aedil. ed.*, XXI, 1; ULPIANUS, VI, 2: *Dotem dicere potest mulier quae nuptura est* (cfr. *Vatic. fr.*, 99) *et debitor mulieris si iussu eius dicat: item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater, avus paternus; dare promittere dotem omnes possunt.* Cfr. NON. MARC., IV, 122; TERENT., *Andr.*, V, 4, 47 e seg. La *dotis dictio* è una specie di *constitutum debiti*. Cfr. TERENT., *Phormio*, IV, 3, 71: *Nam illi mihi dotem iam constituerunt dare* con TERENT., *Heautontimorum.*, IV, 4, per un'altra promessa: *aut quam venturam dixero et constituero.*

[2] ULPIANUS, VI, 2; PAULUS, fr. 41, pr. *de iur dot.* XXIII, 3: *Promittendo dotem omnes obligantur, cuiuscumque sexus condicionisque sint.* PAPINIANUS, fr. 26, § 5, *de pact. dot.*, XXIII, 4.

[3] Const. 4, *Cod. Theod.*, III, 13; Const. 6, *Cod. Iust.* V, 11. La promessa di dote è valida anche senza una determinazione precisa dell'oggetto; se fatta dalle persone obbligate a dotare, s'intende in relazione all'obbligo loro; se da altri, secondo le regole dell'equità. Quanto al pagamento *(numeratio)* della dote promessa vigeva in antico la consuetudine che il danaro si pagasse in tre rate annuali (anno di 10 mesi), il rimanente dentro l'anno. POLYB., XXXII, 14; CICER., *Ad Att.*, XI, 2, 3.

[4] PAUL., *Sent.*, II, 16; Const. 19 *de donat. ante nupt.*, V, 3. Il Codice civile italiano invece dispone che la dote non si può costituire nè aumentare dai coniugi durante il matrimonio (art. 1391); dagli estranei sì può (art. 1398, 3).

ziali *(pacta nuptialia)* però per essere validi non dovevano derogare in nulla all' essenza stessa del matrimonio o della dote [1].

La dote durante il matrimonio. — La stessa destinazione dei beni dotali doveva assegnare loro un posto singolare nel sistema giuridico. Essendo destinata la dote ad alleggerire i pesi di una famiglia era naturale che il marito ne dovesse trarre tutti i vantaggi possibili [2]: e poichè ciò sarebbe stato impossibile quando fossero stati tracciati dei limiti alla disposizione di quei beni o la loro amministrazione fosse stata affidata ad altre persone, così si ritenne necessario stabilire che i beni dotali entrassero a far parte del patrimonio del marito e che la proprietà delle cose date in dote passasse al marito o a colui nella cui potestà egli si trovasse [3]. Quindi il marito poteva usucapire, rivendicare, alienare disporre in ogni modo delle cose dotali, mentre la moglie non poteva disporne neppure per atto di ultima volontà [4] A questo antico principio del diritto romano non fece un' eccezione se non la *lex Julia de adulteriis*, la quale proibì al marito la alienazione dei fondi italici senza il consenso delln moglie, e la oppignorazione anche col consenso di essa [5].

---

[1] Ulpianus, fr. 54, § 1, *sol. matr.*, XXIV, 3; fr. 4; Paulus, fr. 5 e fr. 14-15, *de pact. dot.*, XXIII, 4.

[2] Ulpianus, fr. 7, *de iure dot.*, XXIII, 3: *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit; quum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere.* Paulus, fr. 56, § 1, *eod.*

[3] Julianus, fr. 7, e Ulpianus, fr. 13, § 2, *de fund. dot.*, XXIII, 5 Paulus, fr. 47, § 6, *de peculio*, XV, 1; Const. 23, *de iure dot.*, V; 12. Secondo il Codice civile italiano, il marito acquista la proprietà della dote solo nel caso che sia stata costituita in quantità; la proprietà della dote costituita in specie rimane alla moglie, e il marito non ne ha che il diritto del godimento e dell' amministrazione (art. 1399 e 1408).

[4] Julianus, fr. 7, § 3; Ulpianus, fr. 9, § 1, e Tryphoninus, fr. 75, *de iure dot.*, XXIII, 3; Ulpianus, fr. 13, § 2, *de fund. dot.*, XXIII, 5; Pomponius, fr. 67, *solut. matr.*, XXIV, 3; *Vatic. Fragm.*, 98.

[5] Gai., II, 63; Paulus, *Sent.*, II, 21 *b*, 22; cfr. tit. Dig. XXIII, 5. Secondo Gaio, II, 66, si dubitava ai suoi tempi se dovesse estendersi la disposizione della legge Giulia ai fondi provinciali; Giustiniano tolse ogni dubbio in senso affermativo (Const. 1, § 15, *de rei ux. act.*, V, 13; pr. Iust., *quib. alien. lic.*, II, 8).

Nel tempo stesso però che si riconosceva il diritto assoluto di proprietà del marito, non si perdeva di vista che la dote aveva soltanto una destinazione temporaria ed eventuale e che il marito poteva esser costretto ad ogni momento alla restituzione. Di quì i principii giuridici che il marito deve osservare nell' amministrazione del fondo dotale la diligenza che è solito adoperare nelle cose sue, e che egli è responsabile di tutti i deterioramenti avvenuti per sua colpa [1].

La dote dopo il matrimonio. — Il matrimonio poteva essere sciolto dalla morte o dal divorzio.

Nel caso di morte del marito la dote rimaneva nel patrimonio di lui, quando si trattasse di un matrimonio colla *manus*, e ritornava alla moglie, o al padre, se ella fosse ancora sotto la patria potestà, quando il matrimonio era libero [2].

In caso di morte della moglie la dote rimaneva sempre presso il marito nei matrimoni colla *manus;* nei matrimoni liberi invece si introdusse verso la fine del governo consolare la distinzione, che la dote prefettizia dovesse ritornare a chi l' aveva costituita (con riserva però per il marito di $^1/_5$ della dote per ogni figlio), e la dote avventizia dovesse invece rimanere presso il marito, quando il costituente non ne avesse pattuito la restituzione *(dos recepticia)* [3]. Giustiniano dispose però che anche questa dovesse andare agli eredi della moglie [4].

---

[1] Paulus, fr. 17 pr., XXIII, 3, e Ulpianus, fr. 23, *de reg. iur.*, L, 16. L' idea che i beni dotali non appartengono che temporaneamente al marito, si rivela anche nel fatto che nelle confische delle guerre civili si risparmiarono sempre. Perciò i giureconsulti dicevano: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.* Tryphoninus, fr. 75, *de iure dot.*, XXIII, 5. Cfr. Giustiniano, nella Const. 30, *de iure dot.*, V, 12: *Cum eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.* Cod. civ., art. 1399-1408.

[2] Fr. 2-4; Ulpianus, fr. 22, §§ 3-11; Julianus, fr. 31, § 2, *sol. matr.*, XXIV, 3.

[3] Ulp., IV, 4 e 5.

[4] Const. 1, §§ 4, 6 e 13, *de rei ux. act.*, V, 13.

Nei caso di divorzio bisognava distinguere per colpa di chi esso fosse stato pronunziato.

Se il divorzio era stato motivato dal marito, se cioè la sua cattiva condotta vi aveva costretta la moglie, ovvero egli non aveva alcuna ragione, la dote che egli avrebbe dovuto restituire nel termine ordinario di tre anni, doveva essere restituita tosto se si trattava di adulterio, nel termine di sei mesi nel caso di più lievi mancanze, nè vi era luogo a ritenzione per i figli [1].

Quando invece il divorzio avveniva per colpa della moglie il marito era autorizzato a ritenersi una porzione più o meno grande della dote a seconda della gravità della colpa. Se si trattava di un semplice capriccio della moglie o del padre, nella cui potestà essa si trovasse, il marito poteva riservarsi pel mantenimento della prole $\frac{1}{6}$ per ciascun figlio *(retentio propter liberos)*: non poteva però ricevere più della metà della dote [2]. Se invece la cattiva condotta della moglie aveva motivato il divorzio, il marito poteva secondo le disposizioni della legge *Julia et Papia Poppaea* ritenere nel caso di adulterio *(graviores mores)* un sesto della dote, nel caso di mancanze più lievi *(leviores mores)* un ottavo soltanto [3] *(retentio propter mores)*. A questa differenza negli svantaggi economici del divorzio si riferisce il singolare istituto dell' *iudicium de moribus*. Esso sorse dal bisogno che sentirono i coniugi di ricorrere al magistrato, quando non si trovassero d' accordo sulla restituzione della dote e le ritenzioni. Il magistrato doveva allora indagare la condotta di ambedue i coniugi, ed esercitare così quasi un ufficio di censore [4]. Questa specie di *iudicium*, che durò per

---

[1] Ulp., VI, 13; Cicer., *Top.*, 4.

[2] Id., VI, 10.

[3] Id., VI, 12: *Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui.* Scaevola, fr. 47, *solut. matr.*, XXIV, 3, e Ulpianus, fr. 12, *de leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5. Nei più antichi tempi le più gravi mancanze, quali l' adulterio ed il bever vino erano cagione della perdita per la moglie dell' intera dote (Gell., X, 23).

[4] Cato *apud* Gell., X, 23: *Judex pro censore est.* Plin., *Hist. nat* XIV, 13; Plut., *Marius*, 38; Valer. Max., VIII, 2, 3.

tutto l' Impero, fu abolito da Giustiniano, dopo di che il marito, per poter ritenere la dote o porzione di essa, doveva muovere una querela d' adulterio [1]. Altre ritenzioni erano ammesse *propter res donatas*, *propter res amotas* e *propter impensas*. Le ritenzioni della dote erano computabili coll' *actio rei uxoriae* ma non coll' *actio ex stipulatu*, essendo questa di stretto diritto.

Il divorzio poteva infine aver luogo di comune accordo *(bona gratia)* ed allora tutto dipendeva dalle convenzioni dei coniugi. Regolarmente la restituzione della dote si faceva, come il pagamento, in tre rate di un anno (di 10 mesi) ciascuna [2].

Azioni dotali. — La più antica azione per la restituzione della dote era quella che sorgeva dalla stipulazione, che la moglie o il costituente la dote solevano contrarre col marito per loro garanzia *(cautio rei uxoriae)*. Questa *actio ex stipulatu* passava agli eredi del creditore. Quando non era stata contratta una stipulazione ma un semplice patto, il creditore non aveva se non un' *actio praescriptis verbis* [3].

Siccome l'azione *ex stipulatu* non ammetteva compensazioni nè ritenzioni, così l' editto pretorio introdusse un' azione di buona fede, *in bonum et aequum concepta*, detta *actio rei uxoriae* o *actio de dote* [4]. Essa poteva intentarsi anche quando il marito non avesse assunto alcuna espressa obbligazione, e spettava alla moglie o rispettivamente al padre, nella cui potestà essa si trovasse, quando il matrimonio era sciolto dalla

---

[1] Const. 11, § 2, *de repud.*, V, 17; Const. un., § 5, *de rei ux. act.*, V, 15. Pel diritto antico vedi Paulus, fr. 5, pr. *de pact. dot.*, XXIII, 4; Marcellus, fr. 38; Papinianus, fr. 39, e Scaevola, fr. 47, *solut. matr.*, XXIV, 3: Const. 1, *Cod. Theod.*, XII, 13.

[2] Ulpian., VI, 8: *Dos, si pondere, numero, mensura continetur annua, bima, trima die redditur; nisi si ut praesens reddatur convenerit. Reliquae dotes statim redduntur.*

[3] Const. 6, *de iure dot.*, V, 12; Const. 1, *de pact.*, V, 14; Paulus, fr. 45, *solut. matr.*, XXIV, 3.

[4] Cicer., *Top.*, 15, *de off.*, III, 15; Collat., XX, 2, 2; Gaius, fr. 8, *de cap. min.*, IV, 5.

morte del marito o dal divorzio [1]: al padre per la dote profettizia, in caso di morte della moglie.

Una *condictio* competeva finalmente per la restituzione della dote alla donna, quando il matrimonio risultasse non valido [2], o a terze persone che avessero costituito la dote riserbandosene la restituzione [3].

Tutte queste azioni miravano alla restituzione della dote. Questa poteva avvenire sia in natura, sia nel valore di stima. Riguardo però alla stima della dote bisogna distinguere, se essa era stata stimata collo scopo che si dovesse considerare come data la somma di danaro che ne risultava *(aestimatio venditionis causa)*, ovvero unicamente collo scopo che la stima servisse di base alla futura restituzione *(aestimatio taxationis causa)*. Nel primo caso i giureconsulti romani riconoscono quasi una vendita nella dote e il marito non è debitore se non del prezzo, nel secondo esso deve in prima linea le cose stesse stimate [4].

Nella restituzione della dote entravano le indennità per tutto ciò che fosse andato perduto o deteriorato per colpa del marito, e tutte le accessioni, come, per esempio, i parti delle serve dotali [5]. Si deduce invece tutto ciò che egli avesse diritto di ritenere [6], il valore delle spese necessarie [7], le dona-

---

[1] *Vatic. Fragm.*, 269, fr. 102; Ulpian., VI, 6; Ulpianus, fr. 22 § 1 e Paulus, fr. 3, *solut. matr.*, XXIV, 3.

[2] Proculus, fr. 67, *de iure dot.*, XXIII, 3.

[3] Ulpianus, fr. 43, § 1, *de iure dot.*, XXIII, 3.

[4] Const. 5, *de iure dot.*, V, 12. *Quotiens res aestimatae in dotem dantur, maritus, dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. Vat. Fragm.*, 111; cfr. Papinianus, fr. 69, § 7, *de iure dot.*, XXIII, 3: *Dum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur. Vat. Fragm.*, 114.

[5] Papinianus, fr. 69 § 9 e Ulpianus, fr. 10 § 2, *de iure dot.*, XXIII, 3; fr. 7, § 12, *solut. matr.*, XXIV, 3.

[6] Come le *retentiones propter liberos et propter mores* (pag. 194-195).

[7] *Retentiones propter impensas.* Paulus, fr 56, § 3. *de iure dot.*, XXIII, 3; Ulpianus, fr. 7, *solut. matr.*, XXIV, 3. Cfr. sulla materia delle *impensae* Riccobono, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, XI, e nell'*Archivio giur.*, LVIII, 61 e seg.

zioni fatte alla moglie [1], ciò che la moglie avesse sottratto nella casa maritale [2], tutti i legali fatti alla moglie [3], infine i mezzi necessari per vivere quando il marito fosse in miseria [4].

Giustiniano recò molte modificazioni sostanziali sia riguardo alle cauzioni dotali, sia riguardo alle azioni. Egli non permise quanto alle prime altra garanzia che la ipotecaria [5] e dette anzi alla moglie un diritto legale di pegno sulle cose dotali [6]. Qualunque dote doveva secondo le sue disposizioni essere restituita alla moglie o al padre di lei, eccetto il caso che si trattasse di *dos recepticia* [7]. Quanto ai termini della restituzione essa doveva accadere immediatamente pei fondi, un anno appresso per le altre cose [8]. Giustiniano riunì finalmente le due azioni *ex stipulatu* e *de dote* in una sola, cui dette il nome di *ex stipulatu actio quae de dotibus exigendis proponitur* [9], e che conciliò tutti i maggiori vantaggi delle due antiche azioni [10].

Beni parafernali. — Tutti i beni della moglie, che essa non si costituisce in dote, rimangono, nel matrimonio libero,

---

[1] *Retent. propter res donatas.* Ulpian., VI, 9.

[2] *Retent. propter res amotas.* Ulpian, VI, 9.

[3] In questo senso si applicava l'editto del pretore detto *de alterutro* che fu abolito da Giustiniano; la moglie aveva la scelta di muovere l'azione dotale o domandare il legato. Const. 1, § 3, *de rei ux. act.*, V, 13.

[4] *Condemnatio in quantum facere potest.* Ulpianus, fr. 12 e 21, *solut. matrr.*, XXIV, 3; fr. 7, *de castr. pec.* XLIX, 17; Cost. 8, *solut. matr.*, V, 18; Const. 1, § 7, *de rei ux. act.*, V, 13; Cod. civ., articoli 1409-1417.

[5] Const. 1, *de fideiuss.*, V, 20; Const. 11 e 21, *ad Sc. Vell.*, IV, 29; Const. 29, *de iure dot.*, V, 12.

[6] § 29, Inst., *de act.*, IV, 6; Const. 1, § 15, *de rei ux. act.*, V, 13; Const. 30, *de iure dot.*, V, 12.

[7] Const, 1, §§ 6 e 13, *de rei ux. act.*, V, 13.

[8] Const. 1, §§ 3, 5 e 7, *de rei ux. act.*, V, 13; Const. 11, § 1, *de repud.*, V, 17.

[9] § 29, Inst., *de act.*, IV, 6; Const. un., pr., §§ 2, 4, 6 e 14, *de rei ux. act.*, V, 13.

[10] Const. un., §§ 2 e 9, *de rei ux. act.*, V, 13. Il Codice civile italiano ammette anche una speciale azione per la separazione della dote, quando questa si trovi in pericolo (art. 1418-1424).

a sua disposizione e diconsi secondo una parola greca (παράφερνα) beni parafernali [1]. La moglie poteva conservare la sua libera amministrazione [2], o affidarne la custodia e l'amministrazione al marito, il che avveniva d'ordinario. In questo ultimo caso solevasi compilare dalla moglie un inventario delle cose che essa destinava così all'uso comune, che doveva essere sottoscritto dal marito *(libellus, cautio depositionis)* [3]. La moglie poteva poi ripetere i beni parafernali, se non coll'*actio rei uxoriae*, colle azioni di deposito, di mandato, colla rivendicazione e finalmente colla *condictio* [4].

§ 165.

Delle donazioni fra i coniugi avanti e durante il matrimonio [5].

Era antico cortume che lo sposo donasse avanti le nozze alla futura moglie una somma di danaro destinata ad assicurare una conveniente esistenza, nel caso di sua morte, alla moglie ed ai figli [6]. Era questa donazione *(donatio ante nuptias)*

---

[1] I Romani non avevano una parola sola che vi corrispondesse (prova evidente di una antica e generale consuetudine del sistema dotale); ma dicevano: *res quas extra dotem mulier habet, extra dotem in domum illata*, etc.

[2] CICER., *Ad div.*, XIV. 1; *Ad Att.*, II. 4, 11. 16; Const. 8. *de pactis convent.*, V, 14.

[3] ULPIANUS, fr. 9, § 3, *de iure dot.*, XXIII, 3.

[4] ULPIANUS, fr. 9, § 3, *eod.* — Cod. civ. ital., art. 1425-1432 (cfr. art. 134).

[5] Nov. XCVII, cap. 1. Vedi SCHOTT, *Die donatio propter nuptias*, 1867; BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della « donatio propter nuptias »*, Bologna 1892; LAROCQUE, *Du don du fiancé à Rome*, Toulose 1898, e su di esso BRUGI, nell'*Arch. giur.*, XLII (nuova serie, III), 186; MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht.*, Leipzig 1891, pag. 256-312; ESMEIN, nelle *Mélanges*, pag. 58-70; ALIBRANDI, *Ricerche sulle origini del divieto delle donazioni fra i coniugi*, negli *Studi e documenti di storia e diritto*, XIII, 65-77, e *Opere giuridiche*, I, 595-603, Roma 1896; DE MEDIO, *Il divieto delle donazioni fra coniugi nel diritto romano*.

[6] La stessa consuetudine avevano i popoli germanici ed anche i Galli (CAES., *De bello gallico*, VI, 19).

come un correspettivo della dote e dicevasi perciò anche contraddote (ἀντίφερνα). L'Imperatore Giustino permise che si accrescesse anche pendente il matrimonio [1], e Giustiniano dispose che potesse costituirsi anche dopo la celebrazione delle nozze [2], e che anzi la donna potesse pretendere una donazione *(donatio propter nuptias)* eguale alla dote.

Durante il matrimonio il capitale donato rimane presso il marito insieme coi frutti, [3] ed anche quando il matrimonio fosse sciolto per morte della moglie o per sua colpa. [4]. Morto il marito, la moglie non aveva diritto alla *donatio propter nuptias*, se non quando avesse figli, o le competesse per una speciale convenzione [5].

Oltre a questa speciale donazione del marito alla moglie, erano permesse fra i coniugi durante il matrimonio, tutte quelle donazioni, il cui effetto non si verificava subito, ma dopo la risoluzione del matrimonio medesimo. Tali erano la *mortis causa donatio*, che ha effetto cioè soltanto dopo la morte del donante, [6] e la *divortii causa donatio*, fatta cioè per il caso del divorzio [7].

Tutte le donazioni invece fra marito e moglie *(donatio inter virum et uxorem)*, che dovessero aver effetto durante il matrimonio, erano fino dai più antichi tempi colpite di nullità [8]. La ragione addotta dai romani giureconsulti si è, che la possibilità di simili donazioni introdurrebbe la speculazione nei rapporti coniugali e distruggerebbe la concordia [9]. Quelle donazioni potevano esser dunque ripetute dalla parte donante, e soltanto

---

[1] Const. 19, *de donat. ante nupt.*, V, 3.

[2] § 3, Inst., *de donat.*, II, 7.

[3] Nov. LXI, cap. 1.

[4] Const. 8, § 4, e Const. 11, § 2, *de repud.*, V, 17.

[5] Nov. XXII, cap. 32; Nov. CXXVII, cap. 3.

[6] Ulpian., VII, 1; Ulpianus, fr. 9, § 2, e Gaius, fr. 10, *de don. i. v. et u.*, XXIV, 1.

[7] Ulpian., VII, 1; Ulpianus, fr. 11, § 11; Paulus, fr. 12; fr. 60-62, *eod.*, XXIV, 1.

[8] Ulpianus, fr. 3, § 10, *de donat. inter. vir. et ux.*, XXIV, 1.

[9] Ulpianus, fr. 1 e 3, *eod.*, XXIV, 1.

sotto l' Impero (per la così detta *Oratio Caracallae* del 206) si consideravano come convalidate dalla morte del donante, quando egli non le avesse prima revocate [1].

Alcune costituzioni imperiali recarono inoltre delle eccezioni al divieto delle donazioni fra i coniugi. Così erano permesse le donazioni per il restauro di un edifizio abbruciato [2], quelle fatte ad un coniuge condannato alla deportazione [3], quelle della moglie al marito per dar pubblici giuochi o per ottenere una dignità *(donatio honoris causa)* [4], quelle che avevano per scopo la manomissione di un servo *(donatio servi manumittendi causa)* [5] ed infine per disposizione di Giustiniano le donazioni fra l' imperatore e l' Augusta [6].

§ 166.

Scioglimento del matrimonio.

Il matrimonio è risoluto dalla morte di uno dei coniugi, dalla *maxima capitis deminutio*, da un impedimento sopravvenuto e finalmente dal divorzio [7] che rende impossibile l' *affectio maritalis*.

---

[1] Ulpianus, fr. 32, § 2, *de don. inter vir. et ux.*, XXIV, 1 : *Ait Oratio : fas esse, cum quidem qui donavit poenitere ; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse. Vatic. Fragm.*, 276, 294. — Il Codice civile proibisce ogni donazione fra coniugi durante il matrimonio (articolo 1054).

[2] Paulus, fr. 14, *de don. inter vir. et ux.*, XXIV, 1.

[3] Ulpianus, fr. 13, § 1, e fr. 14, *de don. inter vir. et ux.*, XXIV, 1.

[4] Id., VII, 1 ; Ulpianus, fr. 40, e Paulus, fr. 42, *de don. inter vir. et ux.*, XXIV, 1.

[5] Paul., *Sentent.*, II, 23, 2 ; Africanus, fr. 109, pr *de legatis*, I [30] ; Ulpianus, fr. 7, §§ 8 e 9, *de donat. inter vir. et ux.*, XXIV, 1 : Const. 22, *de don. inter vir. et ux.*, V, 16.

[6] Const. 26, *de don. inter vir. et ux.*, V, 16.

[7] Paulus, fr. 1, *de divort.*, XXIV, 2 : *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum.* Fr. 2, *eod.* ; Ulpianus, fr. 32, § 6, *de don. inter vir. et ux.*, XXIV, 1 ; Tryphoninus, fr. 12, § 4, *de capt.*, XLIX, 15 ; Const. 24, *de don. inter vir. et ux.*, V, 16.

La *maxima capitis deminutio* avveniva nel caso in cui uno dei coniugi cadesse in servitù o divenisse servo della pena ed anche quando il marito cadesse nella prigionia del nemico. In quest'ultimo caso però era prescritto alle donne di non passare inconsideratamente a seconde nozze: e, quando esse lo facessero, si considerava come un divorzio, per il quale incorrevano in svantaggi pecuniari, se non avessero atteso per un certo tempo le notizie dei mariti prigionieri [1]. La *capitis deminutio media* non scioglieva di per sè il matrimonio, ma autorizzava il coniuge al divorzio [2].

Per impedimento sopravveniente si scioglieva il matrimonio, quando il suocero adottava il genero e questi diveniva così fratello di sua moglie *(incestus superveniens)* [3], e quando il marito di una libertina era elevato alla dignità senatoriale [4].

Finalmente si scioglieva il matrimonio volontariamente per mezzo del divorzio *(divortium, repudium, discidium)* [5].

---

[1] Il termine durante il quale la donna doveva attendere la sorte del marito, era prima un quinquennio. Costantino lo ridusse a 4 anni; Giustiniano ritornò ai 5 anni, finchè poi prescrisse che la prigionia dovesse trattarsi come ogni altra assenza e fosse necessaria la conoscenza della morte (Const. 7, *de repud.*, V, 17; Nov. XXII, cap. 7; Nov. CXVII, cap. 11).

[2] Const. 1, *de repud.*, V, 17; Const. 24, *de don. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; Paulus, fr. 56, *sol. matr.*, XXIV, 3; Ulpianus, fr. 13, § 1, *de don. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; fr. 5, § 1, *de bon. damn.*, XLVIII, 20. In diverso senso Lusignani, *Se il matrimonio si sciolga per « capitis deminutio media »*, Parma 1898, il quale ammette che la *c. d. m.* sciogliesse in antico il matrimonio, e che la innovazione inserita nei testi classici e attribuita anche dalla Nov. 22, c. 3, a Costantino, sia di Giustiniano.

[3] Tryphoninus, fr. 67, § 3, *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

[4] Abolito da Giustiniano (Const. 23, *de nupt.*, V, 4.

[5] Landucci, *Indissolubilità del matrimonio confarreato*, nell' *Archivio giur.*, LVII, 3-58; Piccinelli F., *L'evoluzione storico-giuridica del divorzio in Italia da Romolo ad Augusto*, nell' *Arch. giur.*, XXXIV, 424; Fulci, *Il divorzio nella prima epoca del dir. rom.*, nell' *Arch. giur.*, LIII, 229. Gai., fr. 2, pr. *de divort.*, XXIV, 2. Paulus, fr. 191, *de verb. sign.*, L. 16: *Inter divortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest, non recte*

Il diritto romano ha ammesso in tutti i periodi del suo svolgimento il divorzio come corrispondente al concetto del matrimonio, che non può più sussistere quando si manifesti un *animus* contrario alla *maritalis affectio*, tantochè non era lecito un *pactum ne divertere liceat* [1]. È naturale che nei più antichi tempi il diritto del divorzio fosse considerato come un privilegio del *paterfamilias*; però anch'esso non poteva farne uso se non in casi determinati e per gravi mancanze [2]. Che però divorzi esistessero fino dai primi tempi della repubblica, lo prova il fatto che la legislazione decemvirale vi aveva provveduto con particolari disposizioni [3]. Quando adunque gli storici romani parlano del divorzio di *Sp. Carvilius*, sopranuominato *Ruga* come del primo divorzio verificatosi in Roma [4], ciò deve intendersi nel senso che egli per il primo riportò a pretesto del divorzio un motivo non contemplato dalle leggi e dalle consuetudini anteriori, vale a dire la sterilità della moglie. Dipoi, e precisamente dopo la seconda guerra punica, la crescente corruzione dei costumi accrebbe in modo spaventevole i divorzi arbitrari e ca-

---

autem sponsa divortisse dicitur quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eant qui discendunt. Cfr. MODESTINUS, fr. 101, § 1, *cod.*, e ISIDOR., IX, 8.

[1] PAULUS, fr. 134, pr. *de verb. obl.*, XLV, 1: *Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.* Const. 2, *de inut. stip.*, VIII, 39 [38]: *Libera matrimonia esse, antiquitus placuit; ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus poenae irrogentur ei, qui quaeve divortium fecissent, ratas non haberi constat.*

[2] PLUT., *Rom.*, 22. — Anche l'avente la patria potestà sulla donna poteva nel diritto classico sciogliere il matrimonio *et filiam abducere*. PAULUS, *Senten.*, VI, 15; ULPIANUS, fr. 1, § 5, *de lib. exhib.*, XLIII, 30. Solo al tempo di Ermogeniano fu tolta al padre questa facoltà (fr. 2, *cod.*).

[3] CICER., *Phil.*, II, 28: *illam suam suas res sibi habere iussit ex XII tabulis, causam addidit, claves ademit, foras exegit.* Un divorzio dell'a. 307 av. X. è attestato da VAL. MAX., II, 9, 2.

[4] Anno 234 av. C. GELL., IV, 3; DION., XVII, 21; VAL. MAX., II, 1, 4.

pricciosi, nei quali le donne gareggiavano in leggerezza ed impudenza cogli uomini [1].

Quanto alle formalità pel divorzio in questo periodo sembra che avanti Augusto non ve ne fosse alcuna ben determinata. La formula più comune, e già contenuta nella XII Tavole, era questo discorso rivolto alla moglie: *tuas res tibi habeto.* [2] Ma essa non era indispensabile e bastava anche un avviso a voce per mezzo di un messo *(nuntium remittere, renuntiare)* [3]. Soltanto Augusto prescrisse nelle sue leggi *Julia* e *Papia Poppaea* e *Julia de adulteriis,* che il divorzio fosse partecipato alla moglie per mezzo di un liberto in presenza di sette cittadini, sotto pena di nullità [4]. In seguito la partecipazione solevasi fare in scritto *(libellus divortii, repudii)* [4].

La religione cristiana non poteva essere favorevole al divorzio, e perciò vediamo gli imperatori cristiani da Costantino a Giustiniano restringerne sempre più la libertà, stabilendo tassativamente le *iustae causae* solo per le quali era lecito divorziare. Costantino non ammise il divorzio se non quando il marito fosse omicida, avvelenatore o violatore di sepolcri, e la donna adultera o avvelenatrice; altrimenti la donna perdeva

---

[1] Val. Max., VI, 3, 10-12; Plut., *Amphitr.*, III, 2, 47; Cicer., *Ad divers.*, VIII, 7; Plut., *Paul. Aemil.*, 5; *Sull.*, 35-37; *Caes.*, V, 10; Plut., *Caes.*, 1, 75; Mart., *Epigr.*, VI, 7; Senec., *De benef.*, III, 16: *Numquid iam nulla repudio erubescit? — non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimoni causa, nubunt repudiant.* Se il divorzio non era fondato, il coniuge ripudiante andava incontro ad una *nota censoria* ed incorreva in perdite patrimoniali, non altrimenti del coniuge che avesse dato motivo con la sua condotta al divorzio. Gell., X, 23.

[2] Cicer., *Phil.*, II, 28; Plaut., *Amph.*, III, 2, 47; *Trin.*, II, 1, 31 e seg.; Gaius, fr. 2, § 1, *de divort.*, XXIV, 2: *In repudiis autem, idest renuntiatione comprobata sunt haec verba: tuas res tibi habeto, item haec: tuas res tibi agito.*

[3] Cicer., *De Orat.*, I, 40, 56; *Top.*, 4; Terent., *Phorm.*, IV, 3, 72; Plaut., *Autl*, IV, 10, 53, 59.

[4] Paulus, fr. 9, *de divort.*, XXIV, 2; Ulpianus, fr. 35, *de donat. int. vir. et ux.*, XXVI, 1.

[5] Papinianus, fr. 7, *de divort.*, XXIV, 2; Const. 6, *de repud.*, V, 17.

la dote e soffriva la deportazione, il marito era costretto alla restituzione della dote e non poteva riammogliarsi. Onorio, Teodosio e Costanzo distinsero i motivi gravi *(graves causae, crimina)* dai più leggeri (*mediocres culpae, morum vitia*): quando i primi avevano cagionato il divorzio, il marito lucrava la dote e poteva passare a seconde nozze, e la moglie riaveva la dote e poteva rimaritarsi dopo cinque anni: quando invece trattavasi di colpe leggiere, l'uomo perdeva la dote e poteva riprender moglie fra due anni e la donna perdeva egualmente la dote e non poteva rimaritarsi [1]. Teodosio II e Valentiano estesero queste disposizioni, ammettendo il divorzio in caso di gravi reati, e permettendo al marito di ritener la dote e riammogliarsi subito, alla moglie di prender la dote e rimaritarsi dopo un anno [2]. Giustiniano finalmente aggiunse anche più rigorose disposizioni e abolì affatto il divorzio fatto di comune consenso, che tutti gli altri imperatori avevano rispettato [3].

§ 167.

Delle seconde nozze.

Il secondo matrimonio non era dal diritto vietato alle donne rimaste vedove o divorziate. Soltanto l'opinione pubblica vi scorgeva nei tempi di più rigidi costumi qualche cosa di sconveniente e di contrario al concetto romano del matrimonio [4]. Ad ogni modo la donna doveva osservare prima di passare a seconde nozze l'anno del lutto prescritto già nell'epoca regia

---

[1] Const. 2, *Cod. Theod.*, III, 16.

[2] Const. 8, *de repud.*, V, 17.

[3] Const. 10-12, *de repud.*, V, 17; Nov. XXII. CXVII. Esso fu di nuovo ripristinato da Giustino (Nov. CXL). Il Codice civile non ammette il divorzio.

[4] Il titolo di *univira* comparisce come un titolo d'onore nelle iscrizioni funerarie, mentre una donna *nullarum nuptiarum* fu poco stimata (Cicer., *Ad attig.*, XIII. 29: Plut., IX. 102; Tertull., *De exhort. cast.*, XIII. Cfr. Liv., X, 23; Fest., s. v. *pudicitiae;* Serv. ad Virg. *Aeneid.*, XIII, 19). Cfr. E. Schuster, *Die Ehefrau in alter und neure Zeit*, Berlin 1911.

delle più antiche consuetudini religiose [1]. La donna che non rispettasse quel divieto incorreva nell' infamia [2] e, dopo Teodosio, in molti svantaggi per le successioni ereditarie [3].

La legge *Julia et Papia Poppaea* dovette per il suo stesso spirito favorire le seconde nozze, ed infatti minacciò gli inconvenienti del celibato a quelle vedove che non passassero dopo un biennio a seconde nozze, o alle divorziate che non lo facessero dopo un anno e mezzo [4].

Dopo Costantino però le costituzioni di diversi imperatori cercarono di tutelare gli interessi dei figli di primo letto, attribuendo loro specialmente i lucri nuziali o i beni pervenuti al padre o alla madre dall' altro coniuge [5].

§ 168.

Del celibato.

Il celibato non fu veduto mai di buon occhio in Roma, fu gravato anzi di un' imposta, e i cittadini maritati ebbero anche sotto il governo consolare speciali distinzioni e favori [6]. Alla fine della repubblica però si fece sentire inesorabilmente il bisogno di rialzare la famiglia e questa opera fu assunta da Augusto, che cercò richiamare i Romani all' antico costume con

---

[1] Plut., *Num.*, 12; *Vatic. Fragm.*, 321; Paul., *Sentent.*, I, 21, 13. L' anno prescritto dalle antiche consuetudini era di dieci mesi (Macrob., *Sat.*, I, 12); Teodosio lo cangiò in un anno di dodici mesi (Const. 1, *de sec. nupt.*, V, 9; Nov. XXII, cap. 22). Il timore dell' incertezza della prole *(turbatio sanguinis)* divenne, caduti i riguardi religiosi, l' unico motivo di questo divieto. Ulpianus, fr. 11, § 3, *de his qui not. inf.*, III, 2.

[2] *Vat. Fragm.*, 320.

[3] Const. 1, *de sec. nupt.*, V, 9; Nov. XXII, cap. 22.

[4] Ulpian., XIV, 1.

[5] Const. 4, *de bon. matern.*, VI, 60; Const. 13, *de legit. hered.*, VI, 58; Nov., XXII, cap. 22 e 34-35; Const. 7, *de revoc. donat.*, VIII, 56 [55]; Const. 3-9, *de secund. nupt.*, V 9; Nov. LXVIII, XCVIII, CXXVII, cap. 3.

[6] Gell., V, 19; XLV, 15; Dion. Cass., XLIII, 25.

un sistema di pene, di svantaggi pecuniari d'ogni specie e di favori.

Questo sistema era compreso nelle due leggi, proposte l'una dallo stesso Augusto l'a. 732 di R. (*lex Julia de maritandis ordinibus*) e l'altra l'a. 762 di R. dai consoli M. Papius Secundus Mutilus e Q. Poppaeus (*lex Papia Poppaea*), che furono poi dalla posteriore giurisprudenza considerate come un sol tutto e conosciute sotto il nome di *lex Julia et Papia Poppaea* [1]. Le principali disposizioni di questa celebre legislazione erano le seguenti:

1° Erano colpiti di pene rilevanti gli uomini dai 20 ai 60 anni e le donne dai 20 ai 50, che vivessero in celibato, e gli uomini ammogliati sopra 25 anni e le donne maritate sopra i 20 che non avessero figli [2] (*orbitas*). Le pene erano più gravi per il *coelebs* che per l'*orbus* e consistevano, oltre ad una minore considerazione nel diritto pubblico [3], in svantaggi pecuniari. Così un celibe non poteva acquistare alcuna eredità o legato per testamento di chi non fosse stretto parente, e il maritato senza figli non poteva ritenere se non la metà di ciò che fosse stato disposto in suo favore; e se nessun altro era loro sostituito nel testamento, l'eredità ed i legati ricadevano al pubblico erario. Contro queste pene garantivano già gli sponsali, che fossero seguiti, entro due anni, dal matrimonio, ed il celibe aveva cento giorni di tempo per contrar matrimonio e sfuggire a quegli svantaggi [4].

Alcuni senatusconsulti interpretarono ed estesero queste disposizioni [5], finchè Costantino abolì le pene del celibato e dell'orbità [6].

2° Le persone maritate avevano diritto ai migliori posti in teatro [7].

---

[1] Gai., I, 145; Ulpianus, XVI, 2.
[2] Ulpian., XVI, 2; XVII, 1; Gai., II, 286.
[3] Gell., *N. A.*, II, 15; *Fragm. Vat.*, 197-199.
[4] Ulpian., XVII., 1; XXII, 3.
[5] Idem., XVI, 3.
[6] *Cod. Theod.*, VIII, 16; *Cod., Just.*, VIII, 58.
[7] Svet., *Aut.*, LIII, 13.

CAPO II.

Dei rapporti fra genitori e figli.

§ 169.

Della patria potestà. — Sua nozione e suoi effetti.

DIRITTO ROMANO. — Anche nella essenza e nel concetto della patria potestà presso i Romani e presso i popoli moderni devesi soprattutto por mente, come nei rapporti familiari in genere, allo svolgimento storico per il quale essa è passata.

Il potere che i più antichi Romani riconoscevano nel capo della famiglia era, giuridicamente parlando, il più rigoroso e severo che la storia ci abbia tramandato. Mentre nella civiltà ellenica vediamo il vincolo di famiglia ed i rapporti dei genitori coi figli tanto sciolti e ispirati al principio della uguaglianza quanto nella moderna civiltà, in Roma al contrario il principio monarchico ha regnato nelle relazioni familiari anche durante tutto il periodo consolare. Nel *paterfamilias* romano infatti si accentravano tutti i poteri sovrani. Egli era il solo supremo regolatore della famiglia, il solo giudice delle colpe commesse dai sottoposti alla sua *patria potestas*, il solo sacerdote dei *sacra* particolari della famiglia. Nell' apprezzare però la rigorosa patria potestà romana bisogna guardarsi da certe esagerazioni. Non bisogna soprattutto giudicarla dal suo lato esclusivamente giuridico e credere con questo alla mancanza di affetto e di ogni sentimento morale nei rapporti del padre coi figli. Come moralmente elevato era il concetto del matrimonio fino dai più remoti tempi nonostante la *manus*, la medesima elevatezza morale regolò la condotta dei padri verso la prole nonostante il potere assoluto, che il diritto accordava loro. Nè si deve credere che nessun limite vi fosse a tale potere sconfinato. Certamente in diritto nessuno ne esisteva, e,

dato il concetto della famiglia, sarebbe stato un non senso: ma di fatto ve ne erano dei limiti stabiliti dalle consuetudini, dai costumi, dai *mores* familiari. L'*iudicium domesticum* ne è un esempio: esso doveva precedere ogni condanna pronunziata dal *paterfamilias* e fu imposto e sancito dagli usi.

La essenza di questo potere del padre di famiglia si manifesta tanto nei rapporti personali quanto nei rapporti patrimoniali.

Rapporti personali. — Bisogna prima di tutto abbandonare l'idea di una specie di proprietà (*dominium*) che il padre avesse nei tempi più antichi sui figli. Sebbene i diversi elementi della famiglia fossero coordinati e quasi agguagliati sotto il giogo del potere paterno, pure il potere sui figli non è mai designato colla parola di *dominio,* che invece è adoperata per i servi. Basterà il rammentare che nella più antica lingua latina i figli ci compariscono col nome di *liberi* [1].

I diritti del padre nei rapporti personali sono principalmente un illimitato diritto di correggere e punire i figli *(ius vitae et necis)* e quello di disporre in ogni modo anche per via di alienazione *(ius vendendi, noxae deditio).*

Il diritto di vita e di morte, che costituiva il padre giudice o magistrato domestico, è antico quanto la costituzione romulea e si trova ripetuto anche nella legislazione decemvirale [2]. Anche la formula consueta della arrogazione conteneva la *vitae necisque potestas.* La sola limitazione nei tempi più antichi accordata dal costume al giudizio domestico era l'obbligo nel padre di convocare nei gravi casi un consiglio dei più prossimi parenti, il quale però non aveva alcuna voce deliberativa [3].

---

[1] PAULUS, fr. 215, *de verb. sign.,* L, 16: *Potestatis verbo plura significantur, in persona magistratuum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium.* TERTULL., *Apolog.* 33: *Familiae magis patres quam domini vocantur.*

[2] DION., II, 26-27.

[3] VAL. MAX., V, 8, n. 2, 3 e altrove. S'intende che il padre non era legato a quella consuetudine quando la reità del figlio era evidente, sia perchè fosse colto sul fatto *(manifestus),* sia perchè confesso, secondo i generali principî del diritto criminale dei Romani.

Il potere assoluto del padre in questo rapporto non fu limitato dai poteri pubblici se non sullo scorcio del governo consolare e sotto gli imperatori, specialmente cristiani [1].

Il padre poteva disporre come meglio credesse della persona del figlio. Così si narra che nei tempi preistorici fosse illimitatamente permesso di uccidere o di esporre i neonati, e che quell' abuso fosse limitato, non però affatto abolito, da Romolo [2]. L' esposizione degli infanti durò ciononostante anche sotto il governo consolare, sebbene si considerasse come cosa immorale; e solo sotto gli imperatori venne proibita [3]. Constantino poi dichiarò l' uccisione dei figli un parricidio ed altri imperatori cristiani seguirono le sue disposizioni [4].

Anche il diritto di vendere i figli viene considerato dagli storici come antichissimo; giacchè narrano che Numa lo limitasse nel senso che il padre non potesse più vendere il figlio quando gli avesse dato il permesso di ammogliarsi [5]. Sembra però che questo fosse raramente usato in seguito, e la mancipazione, che serviva a liberare il figlio dalla patria potestà, fosse divenuta quindi da reale simbolica [6]. Pure Diocleziano si trovò costretto a proibire quelle vendite, che nelle più basse classi

---

[1] Ulpianus, fr. 2, *ad leg. Corn. de sic.*, LVIII, 8; Papinianus, fr. 5, *si a parente*, XXXVII, 12; Julianus, fr. 5, *de lege Pomp. de parr.*, XLVIII, 9; Const. 3, *de patr. pot.*, VIII, 47 [46]; Const. un., *de his qui parentes*, IX, 17; Const. un., *de emend. prop.*, IX, 15; Const. 1, *Cod. Theod.*, IX, 15. Anche i censori della repubblica puniscono talvolta l' abuso della patria potestà (Dion., XX, 3).

[2] Dion., II, 15. Una prima legge imponeva di allevare tutti i figli e le figlie primogenite: una seconda proibiva l' uccisione dei figli sotto i tre anni fuorchè nel caso, attestato da cinque vicini, di un parto inutile e mostruoso. Cfr. per le XII Tavole Cicer., *De leg.*, III, 8: *tamquam ex XII tab. insignis ob deformitatem puer.*

[3] Paulus, fr. 4, *de agnosc. liberis*, XXV, 3.

[4] Const. un., *de his qui parent. vel lib. occ.*, IX, 17; Const. un., *de emend. propinq.*, IX, 15; Const. 2, *de infant. expos.*, VIII, 52 [51], Const. 1, *Cod. Theod.*, IX, 14; Nov. CLIII.

[5] Dion., III, 27; Plut., n. 17.

[6] Così sembrano doversi interpretare le parole delle XII Tavole: *Si pater filium ter venum duit, filius a pater liber esto.*

della società avevano luogo in caso di estrema miseria [1]. Costantino però le permise di nuovo per i fanciulli neonati: in quest'ultimo caso Giustiniano accolse le sue disposizioni [2].

Finalmente il padre aveva il diritto, quando il figlio avesse commesso un delitto (nel senso romano della parola), ed egli non preferisse rifare il danno arrecato, di consegnarlo mediante mancipazione alla persona lesa *(noxae dedere)* [3]. Questo diritto non fu legalmente abolito che da Giustiniano [4].

Un ultimo diritto spettante al padre era quello di rivolgersi contro chiunque che *eo invito* trattenesse il figlio. L'azione era la *vindicatio* [5]: nel diritto pretorio si trovano anche due interdetti *de liberis ducendis* e *de liberis exibendis*.

Rapporti patrimoniali. — Come il padre era l'assoluto signore nella famiglia, così egli era l'unico ed assoluto padrone del patrimonio familiare. Tutto quello che il figlio posto sotto la patria potestà acquista, sia per incarico del padre, sia a sua insaputa, appartiene al capo della famiglia [6]. Egli giuridicamente non possiede nulla di suo finchè viva il padre o finchè questi non lo emancipi.

Fino dai primi tempi di Roma però si era introdotto nella pratica un istituto che portava una speciale limitazione a questa giuridica unità e indivisibilità del patrimonio familiare, l'istituto del *peculium* [7]. Il peculio consisteva in quel patrimonio o in quegli oggetti ad un patrimonio appartenenti, dei quali il capo di famiglia concedeva al figlio (ed anche al servo) una

---

[1] Const. 1, *de patrib. qui fil. distrax.*, IV, 43.

[2] *Fragm. Vat.*, 31; Const. 2, *de patr. qui fil. distrax.*, VI, 43; Const. 1, *Cod. Theod.*, V, 8. Cfr. su ciò BONFANTE, *Il « ius vendendi » del paterfamilias e la legge 2, Cod. 4, 43 di Costantino*, negli *Studi in onore di C. Fadda*, I.

[3] GAI., IV, 75.

[4] § 7, Inst., *de nox. act.*, IV, 8.

[5] ULPIANUS, fr. 1, § 2, *de rei vind.*, VI, 2.

[6] GAI., II, 87.

[7] Diminutivo di *pecus*. VARR., *De re rust.*, V, 95. Altra etimologia in ULPIANUS, fr. 5, § 3, *de pecul.*, XV, 1: *quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum*.

amministrazione separata. Il figlio aveva delle cose peculiari la libera amministrazione, il che acquistava importanza specialmente nei rapporti commerciali: poteva quindi obbligarsi passivamente sul peculio, fino alla concorrenza del quale il padre rimaneva obbligato (vedi più sotto). Però, essendo lo scopo di quell' istituto l' educazione dei figli di famiglia alla pratica degli affari, il figlio non poteva disporre del peculio nè per donazione fra i vivi nè per atto di ultima volontà [1]. Il padre poteva poi ritirare ad ogni momento al figlio l' amministrazione peculiare, ed il peculio gli ricadeva nel caso di morte del figlio.

Il peculio costituito dal padre dicevasi *p. profecticium*. Ad esso fu equiparato il *p. castrense* [2], vale a dire tutto ciò che il figlio acquistasse nell' esercizio della milizia, sia come soldo o bottino, sia come legato di commilitoni, sia come una donazione dei genitori e parenti per lo scopo del servizio militare [3]. Augusto per il primo concesse al figlio di famiglia il diritto di disporre per testamento del peculio castrense; i successivi imperatori ripeterono e estesero anche ai congedati ed ai veterani questo privilegio: tantochè il figlio di famiglia fu considerato come proprietario di questo peculio [4]. Il padre infine non poteva vantarvi alcuna pretesa, se non quando il figlio morisse intestato [5]. Per analogia al peculio castrense fu riconosciuto anche sotto l' Impero un *peculium quasi castrense*, che comprendeva tutto ciò che il figlio acquistava nell' amministrazione del pubblici uffici, ed anche le entrate degli ecclesiastici e i doni del principe [6]. Anche questo peculio era acquistato dal padre quando il

---

[1] Ulpianus, fr. 7. pr. *de donat.*, XXXIX. 5: *Non enim ad hoc ei conceditur liberi peculii administratio, ut perdat.*

[2] Gaius, fr. 28. § 2. *de pact.*, II. 14: Modestinus, fr. 13. *de iure patr.*, XXXVII, 14.

[3] Macer., fr. 11, *de castrensi pecul.*, XLIX, 17.

[4] Ulpianus, fr. XX, 10; Gai., II, 106; pr. Inst., *quib. non est perm.*, II. 12: Papinianus, fr. 15. § 3. e Tryphoninus, fr. 19. § 3. *de castrensi pecul.*, XLIX. 17: Ulpianus. fr. 2. *de Sc. Maced.*, XIV. 6: *Cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur.*

[5] Ulpianus, fr. 2. e Papinianus. fr. 17. *de castrensi pecul.*, XLIX, 17.

[6] Const. 3 e 15. *Cod. Theod.*, VI, 35; Const. 7. *de bon. quae lib.*, VI. 61; Const. 34 [33]. *de episc.*, I, 3; Nov. CXXIII, cap. 19.

figlio gli premorisse senza testamento, ma Giustiniano dispose che anche in questo caso si facesse luogo alla successione ordinaria *ab intestato* [1]. Sotto il nome di *peculium adventicium* finalmente si designò fino dal medio evo tutto ciò che il figlio acquistaste per donazione o eredità dalla madre o dagli avi materni o in genere, secondo le disposizioni di Giustiniano, da qualunque persona diversa dal padre (*bona adventicia*). Di questi beni la proprietà appatteneva al figlio: l'usufrutto, per regola generale, al padre [2].

Dicemmo più sopra che al capo della famiglia appartiene tutto ciò che il figlio acquista. Così appartengono ad esso tutti i crediti ed i diritti dal figlio acquistati, ma questi non può d'altro lato diminuire il patrimonio famigliare con donazioni e disposizioni *mortis causa*, non può, meno casi eccezianali, agire in giudizio in proprio nome [3], non può infine obbligare passivamente il padre [4]. Una eccezione a questa regola generale si aveva nei seguenti casi:

1° Nel caso di un delitto commesso dal figlio (come dal servo) il padre ere sostretto, o a indennizzare la persona lesa, ovvero a consegnarle in mancipio il figlio, o il servo (*noxales actiones, noxae dare*) [5].

2° Per le obbligazioni nascenti da contratto il padre rimaneva obbligato. in primo luogo, quando il figlio e così pure il servo) aveva contratto dietro l'ordine espresso di lui (*actio quod iussu*) [6]; in secondo luogo anche quando il figlio (o il

---

[1] Pr. Inst., *quib. non est perm. fac. test.*, II, 12.

[2] Const. 1-2, *de bon. mat.*, VI. 60; Const. 1-6. *de bon. quae lib.*, VI. 61; Const. 1. 2, 6 e 7. *Cod. Theod.*, VIII, 18. e Const. 1. *ib.*, VIII. 19. Sugli speciali caratteri di questo usufrutto cfr. soprattutto KOHLER. *Dispositionsniessbrauch*, negli *Jhering's Jharb.*, XXIV.

[3] PAULUS, fr. 9, *de verb. obl.*, XLIV, 7: *Filius familias suo nomine nullam actionem habet nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat.* Erano dunque eccettuate quelle azioni che miravano ad una punizione del convenuto.

[4] Sulla proibizione dei debiti dei figli di famiglia contratti *in mortem parentum*, vedi più sotto, libro V.

[5] GAI., 1. 140; IV, 75; Cfr. Dig. IV. 4; Cod., IV. 41; *Inst.*, IV, 8.

[6] GAI., IV, 70.

servo) si era obbligato all'insaputa del padre, ma questi gli aveva cencesso un peculio, ovvero veniva a risentire un vantaggio dalla contratta obbligazione.

Nel primo caso il debitore del figlio poteva rivolgersi coll'*actio de peculio* contro il padre, che rispondeva fino a concorrenza del peculio colla facoltà di poter far valere e detrarre i suoi crediti verso l'amministrazione peculiare [1]. Se però il figlio (o il servo) aveva col peculio intrapreso a scienza del padre operazioni commerciali, perdeva quel diritto, e la *merx peculiaris* veniva divisa *pro rata portione* fra i creditori, ai quali era concessa un'*actio tributoria*, quando si credessero pregiudicati dalla divisione fatta dal pare [2] Nel secondo caso il creditore del figlio poteva intentare un'*actio de in rem verso* contro il padre, che era tenuto a rispondere fino al punto in cui la contratta obbligazione gli era riuscita vantaggiosa [3].

Diritto civile italiano. — Pel Codice civile la patria potestà appertiene congiuntamente ad ambidue i genitori, ma durante il matrimonio viene esercitata esclusivamente dal padre come capo della famiglia; e solo quando egli non possa esercitarla o per condanna, o per decreto del tribunale, o per interdizione, è esercitata dalla madre. Sciolto il matrimonio per morte, la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite [4].

Nffetti della patria potestà relativamente alle persone. — Il figlio non può abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli ha destinata, senza la permissione del medesimo, salvo per causa di volontario arruolamento nell'esercizito nazionale; ove se ne allontani, il padre ha il diritto di richiamarvelo, ricorrendo, ove sia d'uopo al presidente del tribunale civile; ma esistendo giuste cause di allontanamonto, il presidente ed in caso d'urgenza il pretore, sulla istanza dei genitori o anche del pubblico ministere, provvedono nel modo più con-

---

[1] Ulpianus, fr. 9, §§ 2-9; Gai., fr. 10, e Ulpianus, fr. 11, § 2, *de pecul.*, XV, 1.

[2] § 3, Inst., *quod cum eo*, IV, 7; Dig., *de tribut. act.*, XIV, 4.

[3] Ulpianus, fr. 1. pr. *de in rem verso*, XV. 3. Cfr. C. F. Gabba, *Nuove questioni*, Torino 1912.

[4] Art. 1220, 49, 233, 329, Cod. civ., e 33, Cod. pen.

veniente. Il padre, che non riesca a frenare i traviamenti del figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli, secondo i proprii mezzi, gli alimenti necessari e, ricorrendo dove sia d'uopo al presidente del tribunale, collocarlo in casa od in quell'istituto di educazione o di correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo [1]. Il genitore superstite può per atto notarile o per testamento nominare un tutore al figlio [2].

Effetti della patria potestà relativamente ai beni. — Il padre rappresenta i figli nati e i nascituri in tutti gli atti civili e ne amministra i beni. Egli però non può alienare, ipotecare, dare a pegno i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui o altre obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione, se non per cause di necessità o di utilità evidente pel figlio, e mediante l'autorizzazione del tribunale civile [3]. All'infuori di questi atti, il padre può compiere validamente gli altri; e particolarmente può accettare, ma col beneficio dell'inventario, le eredità devolute ai figli. Che se egli non potesse o non volesse accettarle, il tribunale a richiesta del figlio o di alcuno dei parenti o anche sull'istanza fatta d'uffizio dal procuratore del re, può autorizzarne l'accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale e sentito il padre [4]. Quale

---

[1] Cod. civ., art. 221-222. — Indipendentemente dalla patria potestà, i figli devono onorare e rispettare i genitori (art. 230); il figlio che non ha compiuto gli anni venticinque e la figlia che non ha compiuto gli anni ventuno non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre e della madre; se i genitori sono discordi, basta il consenso del padre (art. 63). Il figlio che vuole farsi adottare ha bisogno del consenso del genitore (art. 208).

[2] Cod. civ., art. 242-243.

[3] Cod. civ., art. 225. — Se trattisi della riscossione di capitali o della vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento, basta l'autorizzazione del pretore, a condizione che tanto del capitale riscosso, quanto del prezzo ritratto dalla vendita si faccia nuovo impiego la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore (art. 225). Il genitore non può mai comprare nè direttamente nè per interposte persone i beni dei figli soggetti alla sua potestà, nemmeno all'asta pubblica (art. 1457).

[4] Art. 226. Il genitore può altresì accettare le donazioni fatte al figlio minore emancipato (art. 1059).

amministratore dei beni del figlio il padre non è colpito dal divieto imposto al tutore di prendere in affitto i beni del figlio e di contrattare col minore divenuto maggiore prima della definitiva approvazione del conto della tutela [1]; come non è soggetto alle cautele imposte ai tutori, e specialmente non è tenuto alla confezione dell'inventario, nè a prestar cauzione, ma bensì a render conto, a norma del diritto comune, dell'amministrazione dei beni non avuti in usufrutto [2].

Il padre ha l'usufrutto legale sui beni che pervengono al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo, e lo conserva fino a che il figlio sia emancipato o abbia raggiunto l'età maggiore [3]. Per eccezione a questa regola non soggiacciono all'usufrutto legale: 1° i beni lasciati o donati colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto, la quale condizione però è senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio a titolo di legittima; 2° i beni lasciati o donati al figlio per imprendere una carriera, un'arte o una professione; 3° i beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione accettata nell'interesse del figlio contro il consenso del padre; 4° i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, uffizi impieghi, professioni ed arti od altrimenti col proprio lavoro o colla propria industria separata; 5° i beni a cui i figli succedono per ragione propria e per rappresentazione nel caso

---

[1] Art. 307.

[2] Art. 234, 202 e 1747. — S'intende da sè, che se il padre fosse minore, avrebbe bisogno dell'assistenza del curatore e dell'autorizzazione del consiglio di famiglia per quegli atti riguardanti i figli, che, proprii, non potrebbe fare senza quell'assistenza ed autorizzazione. Se fosse maggiore inabilitato, avrebbe bisogno dell'assistenza del curatore. Se poi fosse interdetto, l'amministrazione dei beni dei figli, come quella dei proprii, spetterebbe al suo tutore. È poi da notare che chi istituisce erede un minore può nominargli un curatore speciale per la amministrazione delle sostanze che gli trasmette, sebbene il minore sia sotto la patria potestà (art. 217). I genitori possono essere privati dall'amministrazione dei beni dei figli per abuso della patria potestà (art. 233) e per passaggio a nuovo matrimonio della madre (art. 237 e 238).

[3] Art. 228. Tanto l'usufrutto quanto gli altri diritti enunciati nel testo spettano anche alla madre che esercita la patria potestà (art. 231).

che il padre ne sia indegno, come, per esempio, se morisse uno zio paterno alla cui vita il loro padre avesse attentato [1]. Tuttavia il padre o la madre esercente la patria potestà conservano il diritto di amministrazione sui beni di cui non hanno l'usufrutto, se non sia loro tolto per altre cause.

In correspettività dei vantaggi dell'usufrutto legale chi lo gode va sottoposto ai seguenti pesi: 1° le spese di mantimento, di educazione ed istruzione del figlio; 2° il pagamento delle annualità o degli interessi dei capitali, che decorrono dal giorno in cui si apre l'usufrutto; 3° tutti gli altri obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari, meno quello della cauzione [2].

L'usufrutto legale cessa: 1° per la morte dei figli e come diritto inerente alla persona per la morte di chi lo gode; 2° per l'età maggiore raggiunta dal figlio; 3° per l'emancipazione del figlio, la quale avviene di diritto in caso di matrimonio del medesimo: 4° pel passaggio del genitore ad altre nozze: 5° per decreto del tribunale, se il genitore abusa della patri potestà, trascurandone i doveri o male amministrando le sostanze del figlio [3]. Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio abitante con esso senza procura ma senza opposizione, o anche con procura ma senza condizione di render conto dei frutti, egli e i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti al tempo della domanda [4].

§ 170.

Dei modi coi quali si acquista la patria potestà.

DIRITTO ROMANO. — La patria potestà si acquista in tre modi: cioè per la procreazione dei figli in un legittimo matrimonio, per la legittimazione di un figlio nato fuori di matrimonio, e finalmente per l'adozione.

---

[1] Art. 229, 728, 766, 808.
[2] Art. 230 e 497.
[3] Art. 228, 232, 233, 310.
[4] Art. 234.

Acquisto della patria potestà per procreazione. - Ogni figlio legittimo cade sotto la patria potestà del padre suo al momento della nascita. Se però il padre fosse egli stesso soggetto alla patria potestà, i suoi figli cadrebbero sotto la patria potestà dell'avo paterno; ma se per morte di quest'ultimo il padre diventa *sui iuris*, egli acquista di pien diritto la patria potestà sui propri figli legittimi [1]. Dicesi legittimo il figlio che è procreato da genitori uniti in legittimo matrimonio. La legittimità del figlio è presunta s'egli è nato dopo 181 giorni dalla conclusione del matrimonio e prima di dieci mesi dalla scioglimento dello stesso [2]. In ogni altro caso la madre deve provare la paternità, se il marito disconosce la prole [3].

Acquisto della patria potestà per legittimazione. — La legittimazione è un atto civile mediante il quale i figli naturali [4]

[1] § 3, Inst., *de patr. pot.*, I, 9; Gai., I, 56, 57 e 76.

[2] Paulus, fr. 12, *de stat. hom.*, I, 5; Ulpianus, fr. 3, §§ 11 e 12, *de suis*, XXXVIII, 16; Cod. civ., art. 160. La detta presunzione non esclude la prova del contrario. Ulpianus, fr. 6, *de his qui sui vel al.*, I, 6.

[3] Const. 11, *de natural. lib.*, V, 27; Nov. LXXXIX, cap. 8, § 1. L'azione di riconoscimento del figlio si chiama *actio de partu agnoscendo*. Onde prevenire la supposizione o la sostituzione di parto, la donna che, dopo fatto il divorzio, si sente incinta, deve, in virtù del senatusconsulto Planciano, notificare al marito il suo stato di gravidanza entro trenta giorni (Ulpianus, fr. 3, *de agn. lib.*, XXV, 3). Questa disposizione venne in seguito estesa anche al caso in cui il matrimonio venisse sciolto per morte del marito. In questo caso la notifica deve farsi ai prossimi parenti. Se la madre tralascia di fare la prescritta denunzia, essa perde il diritto d'intentare l'*actio de partu agnoscendo*: ma il figlio può in ogni tempo far valere i suoi diritti coll'*actio de liberis agnoscendis*, soltanto non può domandare gli alimenti dal padre se non provi di essere suo figlio. Ulpianus, fr. 1, §§ 8, 13 e 15, *de agn. lib.*, XXV, 3.

[4] Per diritto romano, i soli figli naturali, cioè nati da concubinato, possono venire legittimati, e non lo possono per regola gli altri figli illegittimi (spuri, adulterini, incestuosi). I figli nati da concubinato hanno un padre conosciuto, essendo il concubinato una unione sessuale stabile e riconosciuta dalla legge, e quindi è possibile per essi la finzione giuridica sulla quale si fonda la legittimazione (vedi più sopra, § 160). Vedi Meyer, *Der röm. Konkubinat*, Leipzig 1895, e su di esso Landucci, nell'*Archivio giur.*, LIX, 441-443; Costa, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1900, p. 233. Il Codice civile vieta di

si fingono nati da legittimo matrimonio, e, riducendoli nella potestà del padre loro naturale, si fa acquistare ad essi il titolo e la condizione giuridica di figli legittimi. Le maniere di legittimazione sono tre: cioè per *subsequens matrimonium*, per *oblationem curiae* e per *rescriptum principis*, ciascuna delle quali ha alcuni requisiti speciali.

Per subsequens matrimonium [1]. — Questa legittimazione ha luogo allorchè taluno, avendo figli da una concubina, la sposa e trasforma così il concubinato in giuste nozze. Fu Costantino che introdusse pel primo questa specie di legittimazione soltanto pei figli procreati anteriormente alla legge [2]; Zenone ed altri imperatori successivi rinnovarono questa misura transitoria pei figli naturali già nati [3]; Giustiniano poi eresse la legittimazione per susseguente matrimonio ad istituzione permanente stabilendo però la redazione di un istrumento dotale o di un altro atto equivalente diretto a constatare l'epoca della trasformazione del concubinato in matrimonio [4].

Per oblationem curiae. — Per eccitare i cittadini romani a coprire la carica di decurione, generalmente sfuggita pei gravissimi oneri che imponeva, Teodosio II e Valentiniano III, abrogando le leggi che limitavano la capacità dei figli naturali di ricevere liberalità dal loro padre, stabilirono che chi non avesse che figli naturali potesse lasciare ai medesimi per testamento o donare loro con atto tra vivi anche tutti i suoi beni, purchè li iscrivesse fra i decurioni, e trattandosi di figlie, le maritasse ad un decurione. Col tempo si stabilì il principio che il figlio naturale offerto alla curia conseguisse i diritti di figlio legittimo, e in tal modo la *oblatio curiae* divenne una vera le-

---

legittimare i figli che non possono essere legalmente riconosciuti (art. 195), vale a dire gli adulterini e quelli i cui genitori non avrebbero potuto unirsi in matrimonio per vincolo di parentela (art. 180).

[1] WOLF, *Die Legitimation per subs. matr.*, Leipzig 1881.

[2] Const. 5, *de natur. liber.*, V, 27.

[3] Const. 5-7, *de natur. liber.*, V, 27.

[4] Const. 10-11, *de natur. liber.*, V, 27; Nov. LXXXIX, cap. 8.

gittimazione di figli naturali, che Giustiniano confermò permettendola inoltre anche a chi avesse figli legittimi [1].

Per rescriptum principis. — La legittimazione per rescritto del principe fu introdotta da Giustiniano pel caso che il matrimonio colla cucubina fosse impossibile e non esistessero figli legittimi [2].

Acquisto della patria potestà per adozione. — L' adozione è un atto solenne pel quale taluno, con l'intervento della pubblica autorità, riceve in luogo di figlio o di nipote chi nen era sottoposto alla sua potestà. L' uso delle adozioni era assai frequente presso i Romani, sia perchè in esse si aveva un mezzo di far entrare nella famiglia agnatizia i cognati che il diritto civile non teneva in alcuna considerazione, sia perchè, mancando dapprima l' istituto della legittimazione, trovato solo ai tempi del basso impero, l' adozione ne faceva le veci, o in altri termini, perchè s'adottavano i figli naturali in cambio di legittimarli.

I requisiti dell' adozione dipendono tutti dal doppio principio per cui fu introdotta; imperocchè essa è destinata a supplire il difetto della natura, ma ad imitazione di essa.

1° L' adottante deve essere *sui iuris*, diversamente egli non potrebbe acquistare la patria potestà sull' adottato.

Per egual ragione deve essere maschio; cionondimeno ai tempi di Diocleziano fu concesso anche alla donna di adottare, in conforto dei figli perduti; ma essa non acquistava la patria potestà sul figlio adottivo, nè questi diveniva suo agnato e solo acquistava il diritto di ottenere da lei gli alimenti e di succederle *ab intestato* [3].

3° L'adottante deve essere capace in genere di procreare, epperò non hanno facoltà di adottare gli evirati.

4° L' adottante deve avere almeno diciotto anni più dello adottato se l'adotta come figlio, e trentasei di più se come nipote [4].

---

[1] Const. 3 e 9, § 3, *de natur. liber.*, V, 27; Nov. LXXXIX, cap. 2.

[2] Nov. LXXIV e LXXXIX, cap. 8-10; Cod. civ., art. 198.

[3] Const. 5, *de adopt.*, VIII, 48 [47].

[4] § 4, Inst., *de adopt.*, I, 11. Per adottare taluno come nipote richiedesi il permesso del figlio (§ 7, Inst., *eod.*).

5° Non si possono adottare i proprii figli illegittimi che possono venire legittimati [1].

6° Non si può adottare sotto condizione o a termine [2].

7° Chi dopo avere adottato una persona, la emancipa, non può più adottarla [3].

L'adozione è di due specie [4], cioè arrogazione (*adrogatio*) ed adozione propriamente detta (*datio in adoptionem*); la prima è l'adozione di una persona *sui iuris*, la seconda è l'adozione di un figlio di famiglia: colla prima si distrugge l'indipenza giuridica dell'arrogato, colla seconda non si fa che cangiare il subbietto della patria potestà.

Dell'arrogazione [5]. Nei primi tempi di Roma l'arrogazione si faceva mediante una legge del popolo radunato nei comizi curiati, sotto la presidenza del *pontifex maximus*, il quale, presa cognizione dell'affare, interrogava l'adottante se voleva adottare, l'adottato se consentiva, e il popolo se approvava: donde il nome di *adrogatio* [6]. Si richiedeva naturalmente che l'arrogando potesse accedere ai comizi curiati; e di qui la proibizione di arrogare le donne e gli impuberi [7]. Scaduto l'importanza dei comizi, la *rogatio populi*, prima necessaria all'arrogazione, divenne una formalità, e si ammise che potessero venire arrogate anche le donne, e sotto certe condizioni, anche gl'impuberi [8]. Finalmente venne abolita ogni solennità, e l'arrogazione

---

[1] Const. 1, *de nat. lib.*, V, 27; Nov. LXXIV.

[2] Fr. 34, *de adopt.*, I, 11.

[3] Fr. 37, § 1, *de adopt.*, I, 11.

[4] Modestinus. L. 1, § 1, *de adopt.*, I. 7: *Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.*

[5] Desserteaux. *Études sur les effets de l'adrogation*. Paris 1892.

[6] Gai., I, 99: *Is qui adoptat rogatur i. e. interrogatur an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse, et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur: et populus rogatur, an id fieri iubeat.* Cfr. Gell., V, 19: Ulpian., VIII, 48; Cic., *Pro domo*, XIII, 34-35.

[7] Gai., I, 101-102.

[8] L'arrogazione degli impuberi venne introdotta da Antonino Pio, sotto le seguenti condizioni: 1° bisogna esaminare se l'arrogazione sia di utilità

si compieva mediante un rescritto del principe che prendeva cognizione dell' affare: ai tempi di Giustiniano, era questo l'unico modo per compierla [1].

L' arrogazione fa passare sotto la patria potestà dell' arrogatore l' arrogato con tutte le persone che ne dipendono; e di più l' arregato perde la sua primitiva agnazione ed acquista a titolo universale tutto il patrimonio dell' arrogato, ma nel dia titolo universale tutto il patrimonio dell' arrogato, ma nel diritto nuovo egli non ne acquista che l' usufrutto e l' amministrazione [2].

Della datio in adoptionem. — Quest'adozione ha per effetto il passaggio di una persona *alieni iuris*, dalla sua primitiva famiglia in quella dell' adottante. Si chiama *datio in adoptionem* appunto perchè in essa un padre di famiglia dà ad un altro il proprio figlio in adozione; e la patria potestà, cui il padre naturale rinuncia, è acquistata dal padre adottivo. In antico, le forme dell' adozione dimostravano assai bene l' estinzione per una parte e l' acquisto per l' altra della patria potestà; esse consistevano in una triplice mancipazione ed in una cessione *in iure*. L' adottante rivendicava l' adottato come suo figlio contro l' adottante: il padre naturale non sosteneva i propri diritti, e l' adottante vinceva la causa [3]; ma per rendere possibile questa rivendicazione bisognava far precedere l' estinzione della patria potestà del padre naturale mediante tre finte vendite, precisamente come nel caso della emancipazione dei figli di famiglia [4]. Nella legislazione giustinianea, le forme dell' adozione si sono semplificate d'assai: l' adozione ha luogo davanti al magistrato

all' impubere; 2° si richiede il consenso dei prossimi parenti e di tutti i tutori; 3° l' arrogante deve garentire che in caso di morte lascierà all' arrogato almeno la quarta parte delle sue sostanze (*quarta diri Pii*) e inoltre che, morendo l' impubere, egli restituirà le sostanze del medesimo ai di lui eredi.

[1] § 1, Inst., *de adopt.*, I, 11; Const. 2 e 6, *adopt.*, VIII, 48 [47].

[2] § 2, Inst., *de adquis. per arrog.*, III, 11 [10].

[3] Gai., I, 38-40 e 134. Vedi il vol. I, §§ 5 e 61.

[4] Vedi i §§ 169 e 171.

del domicilio dell'adottante e si compie col semplice prender nota della dichiarazione concorde delle tre parti interessate [1].

La *datio in adoptionem* produceva nel diritto antico i medesimi effetti dell'*adrogatio*. L'adottato usciva dalla sua famiglia primitiva, ed entrava nella famiglia e sotto la patria potestà del padre di famiglia, e subiva quindi una *minima capitis deminutio* [2]; ma secondo la legislazione di Giustiniano, questi effetti non si verificavano sempre. Giustiniano stabilì la seguente distinzione: se un figlio vien dato in adozione ad un suo ascendente, l'adozione produce gli stessi effetti dell'arrogazione; se invece il figlio viene adottato da un estraneo, egli resta sotto la patria potestà e nella famiglia del suo padre naturale, ed entra soltanto di fatto nella famiglia del padre adottivo, al quale però ha diritto di succedere *ab intestato* [3]. Nel primo caso l'adozione si suole chiamare *adoptio plena*, nel secondo *minus plena* [4].

Diritto civile italiano. — Pel codice civile la patria potestà si acquista per procreazione e per legittimazione, ma non per adozione.

Quanto alla procreazione valgono in generale i principii del diritto romano [5]; per cui ci limitiamo a parlare della legittimazione e dell'adozione.

Della legittimazione. — Il Codice civile ammette due sole

---

[1] § 1, Inst., *de adopt.*, I, 11; Const. 11, *de adopt.*, VIII, 48 [47].

[2] § 2, Inst., *de leg. agn. succ.*, III, 2; Ulpian., XI, 13.

[3] Const. 10, pr., §§ 1-4, *de adopt.*, VIII, 48; Inst., *de adopt.*, I, 11; Cod. civ., art. 202-219.

[4] Per il diritto storico sono anche a ricordarsi come modi di acquisto della patria potestà: l'*anniculi* e l'*erroris causae probatio* (Gai., I, 29-31, 67-75; Ulpian., III, 3; VI, 4); il *maius vel minus Latium* (Gai., I, 95-96), e la concessione della cittadinanza ad un peregrino e ai suoi figli, se al nuovo cittadino era espressamente concessa nel tempo stesso la patria potestà su questi figli (Gai., I, 93-94; III, 20).

[5] Le differenze principali son queste: 1° la patria potestà pel Codice civile spetta anche alla madre; 2° si estingue per l'età maggiore del figlio; 3° non si può avere che sui figli di primo grado.

maniere di legittimazione, cioè per susseguente matrimonio e per decreto reale [1].

A legittimare i figli per susseguente matrimonio è necessario il loro riconoscimento per opera di ambedue i loro genitori, riconoscimento che può farsi nell'atto del matrimonio, o può essere anteriore o posteriore al matrimonio. Se i figli sono stati riconosciuti nell' atto del matrimonio o anteriormente, acquistano i diritti di figli legittimi dal giorno di riconoscimento [2].

La legittimazione per decreto reale può essere accordata quando concorrano le seguenti condizioni: 1° che sia domandata dai genitori stessi, o da uno di essi, oppure quando l'uno dei genitori abbia espresso in un testamento o in un atto pubblico la volontà di legittimare i figli naturali, 2° che il genitore il quale la domanda non abbia figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio, nè discendenti da essi; 3° che il medesimo genitore si trovi nella impossibilità di legittimare il figlio per susseguente matrimonio; 4° che, ove il richiedente sia vincolato a matrimonio, consti del consenso dell' altro coniuge [3]. Il re non accorda la legittimazione, se la Corte d' appello, sentito il pubblico ministero in camera di consiglio, non ha deliberato affermativamente sulla domanda di legittimazione, e se il Consiglio di Stato non ha proferito il suo parere sulla convenienza della legittimazione stessa [4]. La legittimazione per decreto reale produce gli stessi effetti della legittimazione per susseguente matrimonio, ma soltanto dal giorno dell' ottenuto decreto e riguardo al genitore che l' ha domandata [5].

Dell' adozione. — Nel sistema del Codice civile l' adozione non conferisce la patria potestà all' adottante sull' adottato; l'adottato conserva tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia naturale: l' adozione non induce alcun rapporto civile fra l' a-

---

[1] Art. 191. Non possono essere legittimati i figli adulterini ed incestuosi.
[2] Art. 197.
[3] Art. 198-199.
[4] Art. 200.
[5] Art. 201.

dottante e la famiglia dell'adottato nè fra l'adottato e i parenti dell'adottante, salvo ciò che è stabilito nel titolo del matrimonio [1].

Possono adottare tutte le persone dell'uno e dell'altro sesso, coniugate o meno, nelle quali si verifichino queste condizioni: 1° che abbiano compiuto i cinquantanni: 2° che superino almeno di diciotto anni l'età di chi intendono adottare; 3° che nel momento dell'adozione non abbiano discendenti legittimi o legittimati o adottivi; 4° che l'adottante goda buona fama; 5° che riporti il consenso del padre, della madre e del coniuge; 6° che abbia preventivamente reso il conto della sua amministrazione, quando fosse tutore della persona da adottare [2].

Possono essere adottati coloro che riuniscono le seguenti condizioni: 1° che abbiano compiuto almeno i diciotto anni; 2° che riportino il consenso del padre, della madre e del coniuge che avessero; se l'adottato fosse minore e non avesse genitori viventi, sarà necessario, secondo i casi, l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela; 2° che non siano prima stati adottati da un altro, a meno che questi non fosse il coniuge; invece la stessa persona può adottare più individui nello stesso atto; 4° che non siano figli naturali, adulterini od incestuosi dello adottante [3].

Le forme dell'adozione sono tre: 1° l'atto del reciproco consenso eretto avanti al presidente della Corte d'appello competente; 2° l'omologazione di quell'atto da parte della Corte medesima; 3° la pubblicazione e la iscrizione di esso nei registri dello stato civile. Per adempiere la prima formalità, le parti debbono presentarsi personalmente al presidente della Corte d'appello nel cui distretto ha domicilio l'adottante, per addivenire all'atto del reciproco consenso, che deve essere ricevuto dal cancelliere della Corte. Debbono intervenire altresì in persona o per procura il padre, la madre, il coniuge, il consiglio di famiglia o di tutela, di cui fossse necessario il consenso.

---

[1] Art. 212. Cfr. art. 60.

[2] Art. 202, 203, 207, 208, 209 e 215.

[3] Art. 203, 204, 205, 208.

Per ottenere l'omologazione, l'atto di adozione deve essere presentato entro i dieci giorni successivi in copia autentica alla medesima Corte d'appello. La Corte, assunte le opportune informazioni, pronunzia, se *si fa luogo* o se *non si fa luogo all'adozione* senza esprimere i motivi [1].

Gli effetti dell'adozione sono i seguenti: 1° L'adottato assume il cognome dell'adottante e l'aggiunge al proprio. 2° Fra adottante e adottato sorge l'obbligazione reciproca di alimentarsi in caso di bisogno: obbligazione che nell'adottante precede quella dei genitori legittimi o naturali, nell'adottato concorrere con quella dei figli legittimi o naturali dell'adottante. 3° Il padre e la madre adottivi hanno debito di continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato. 4° Non può contrarsi matrimonio fra l'adottante e l'adottato e i suoi discendenti, tra i figli adottivi della stessa persona, fra l'adottato e i figli sopravvenuti all'adottante: tra l'adottato e il coniuge dell'adottante e viceversa. 5° Al matrimonio dell'adottato che non ha compiuti gli anni ventuno, è necessario anche il consenso dell'adottante [2]. 6° L'adottante e l'adottato sono reputati reciprocamente persone interposte nei casi d'incapacità a succedere e a ricevere per donazione. 7° L'adottato e dopo la sua morte i suoi discendenti legittimi e legittimati hanno sulla eredità dell'adottante tutti i diritti di figli legittimi [3].

L'adozione non estingue i rapporti di parentela e di filiazione naturale d'onde consegue: 1° che l'obbligo reciproco degli alimenti continua fra l'adottato e i suoi ascendenti collaterali ed affini. 2° che continuano ad esistere i diritti reciproci di successione fra lui e i suoi parenti; 3° che i genitori legittimi conservano la patria potestà con tutti i suoi attributi di correzione, di godimento dell'usufrutto legale, di dare il consenso al matrimonio, ecc. [3].

---

[1] Art. 213, 214, 215, 216, 218.
[2] Art. 63, 138, 210, 211, 736, 737, 806 e 1053.
[3] Art. 212.

§ 171.

Estinzione della patria potestà.

DIRITTO ROMANO. — *Cause di estinzione.* - La patria potestà è un potere che spetta al padre di famiglia durante tutta la sua vita, e quindi non cessa di regola che colla sua morte. Vi sono però alcune altre cause che la estinguono, e sono: 1° la morte del figlio di famiglia; 2° la *maxima* o *media deminutio capitis* del padre o del figlio di famiglia; 3° l'arrogazione e l'adozione piena; 4° certe dignità civili ed ecclesiastiche ottenute dal figlio di famiglia, che sono riputate incompatibili colla soggezione alla patria potestà; e finalmente 5° la emancipazione della quale ci facciamo a parlare.

Emancipazione in ispecie. — La emancipazione è un atto solenne, pel quale il padre di famiglia rinuncia alla patria potestà che ha sul figlio (o sul nipote) e lo rende indipendente. Essa richiede il consenso del padre e del figlio, e l'osservanza di certe formalità. Riguardo a queste si devono distinguere tre specie di emancipazione, cioè l'antica, l'anastasiana e la giustinianea.

Emancipazione antica. — L'emancipazione antica si eseguiva con tre successive vendite *(mancipationes)* seguìte da tre successive manomissioni. Il padre vendeva (mancipava) il figlio ad un finto compratore, il quale in forza della *mancipatio* acquistava su figlio il *mancipium*. Il compratore *(mancipio accipiens)* rinunziava al suo potere mediante la *manumissio vindicta*, con che tornava a rivivere la potestà del padre naturale. Questi vendeva, ossia mancipava, il figlio una seconda volta e dava così luogo ad una seconda manomissione e ad un secondo ritorno del figlio sotto la sua patria potestà. La terza vendita che il padre faceva del figlio estingueva assolutamente la sua potestà (« SI PATER FILIUM TER VENUM DUIT, FILIUS A PATRE LIBER ESTO »). Ma in questa occasione il padre pattuiva col finto compratore che questi glie lo remancipasse, affinchè,

avutolo in mancipio, potesse manometterlo ed acquistare su di lui i diritti di patrono.

Questa convenzione del padre col compratore del figlio si aggiungeva all' atto della *mancipatio,* che si diceva fatta *sub fiducia (mancipatio sub fiducia contracta)* [1].

Emancipazione anastasiana. — Il padre faceva in iscritto una supplica all' Imperatore affinchè emancipasse il figlio; l' Imperatore con un rescritto lo emancipava, e questo rescritto era inserito nei pubblici archivi dal magistrato [2].

Emancipazione giustinianea. — A compiere questa ultima sorta di emancipazione bastava una dichiarazione fatta dal padre, annuente il figlio, dinanzi al magistrato, il quale ne prendeva atto [3].

Mediante l' emancipazione il figlio diventa *sui iuris,* ma esce dalla sua famiglia e vi perde la qualità di agnato; tuttavia il principe può nel rescritto conservagli i diritti di agnazione [4]. Quanto ai beni convien distinguere il peculio profettizio dall' avventizio; del primo acquista la proprietà il figlio quando non gli è tolta espressamente; del secondo il padre conserva la proprietà in usufrutto quale premio della emancipazione [5].

Diritto civile italiano. — La patria potestà si estingue: 1° per morte di ambedue i genitori: per la morte dell' uno viene esercitata dall' altro supersite. Il padre può per testamento o per atto autentico stabilire condizioni alla madre superstite per l' educazione dei figli e per l' amministrazione dei beni; ma la volontà del padre non è assolutamente obbligatoria per la madre, la quale può chiedere di essere dispensata dalle condizioni stabilite, facendo convocare il consiglio di fa-

---

[1] Vedi il vol. I, § 10. Le tre vendite o mancipazioni erano necessarie quanto ai figli maschi di primo grado; trattandosi di figli di grado ulteriore o di figlie, bastava una vendita sola (Gai., I, 132). La emancipazione antica andò in disuso col vecchio formalismo.

[2] § 6, Inst., *quib. mod. patr. pot.,* I, 12.

[3] Const. 6, *de emancip.,* VIII, 40.

[4] Const. 6, *de legit. hered.,* VI, 58.

[5] § 2, Inst., *per quas pers.,* III, 9. Cod. civ., art. 310-322.

miglia: la deliberazione di questo deve essere sottoposta all'omologazione del Tribunale. 2° Per effetto di condanna penale. 3° Per la morte del figlio. 4° Per l'età maggiore del figlio. 5° Per dichiarazione di assenza. 6° Per abuso della patria potestà. 7° Per interdizione giudiziaria, la quale riduce sotto tutela il genitore interdetto. 8° Per emancipazione [1].

L'emancipazione è di due specie: tacita ed espressa. La prima avviene quando il minore contrae matrimonio. L'emancipazione espressa si opera mediante dichiarazione fatta davanti al pretore dal genitore, e mediante deliberazione del consiglio di famiglia e di tutela. L'emancipato ha la facoltà di fare da sè solo tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione. Per quelli che la eccedono, oltre il consenso del curatore, è necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela; per la riscossione di capitali sotto condizione di idoneo impegno basta l'assistenza del curatore [2].

CAPO III.

Della tutela e della cura.

§ 172.

Della tutela in generale.

La difesa e la cura delle persone e degli interessi di coloro che rimangono privi dei naturali difensori senza che possano per la loro età o per le altre cagioni provvedervi da se medesimi, fu sempre oggetto di istituti giuridici e di disposizioni legislative, come cosa che interessa non solo gl'individui ma anche le famiglie e lo Stato.

---

[1] Art. 220, 233, 235, 241, 311.

[2] Art. 311, 314, 315, 317, 318, 319, 320.

[3] R. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftrechtliche Studien*, Leipzig 1912.

I Romani avevano provvisto a questa difesa con un istituto giuridico la cui origine risale ai primi tempi del loro diritto civile, ma il cui contenuto variò sensibilmente nelle varie epoche. La *tutela*, com'essi la chiamavano, da « *tueor* » (difendere), era destinata a venire in aiuto di tutti coloro, che erano *sui iuris* nè si trovavano sotto la potestà o la mano o il mancipio di un padre, o di un marito o di un signore, e non erano ritenuti capaci di provvedere da sè ai loro interessi. La *curatio* o la *cura* inoltre, in qualche modo differente dalla tutela, era un istituto destinato a provvedere ad altri casi speciali.

Anche questi istituti, specialmente quello della tutela, sono andati soggetti ad uno svolgimento storico insieme col diritto di famiglia in generale. Considerati ed esercitati dapprima nell'interesse principalmente della famiglia vennero a poco a poco col progressivo aumento dell'importanza dello Stato a cadere sotto la sorveglianza e le disposizioni delle autorità pubbliche e della legge, divenendo uffici onerosi e pubblici *(onus tutelae munus publicum)*. Anche nelle moderne legislazioni regna il concetto dominante già nella giurisprudenza imperiale, che la tutela è un ufficio pubblico, un dovere sociale più che un diritto, soggetto all'immediata ingerenza dello Stato [1].

Cominciando a trattare della tutela, per passar poi in un paragrafo distinto a parlare della cura, diremo come essa si definisca il potere accordato dal diritto civile ad una persona *sui iuris* di difendere colui che per la sua età è impotente a farlo da sè [2]. Questa definizione di Servio però, oltre a rappresentare specialmente l'antico concetto della tutela, non è

---

[1] Già CICERONE (*de off.*, 1, 25) aveva detto: *Tutela ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, eis, quibus commissa est, gerunda est.* Cod. civ., art. 241 e seg.

[2] PAULUS, fr. 1, pr. *de tutel.*, XXVI, 1: *Tutela est, ut Servius ait, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.* Ibid., § 1: *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent ex qua re ipsa nomen acceperunt: itaque appellantur tutores quasi atque defensores.*

completa, avendo il diritto romano ammesso ancora una tutela delle donne. Noi ci occuperemo dunque in due distinti paragrafi delle diverse specie della tutela: di quella degli impuberi in primo luogo, ed in secondo luogo di quella delle donne.

§ 173.

Tutela pupillare e sue spese.

DIRITTO ROMANO. — Gli impuberi *sui iuris (pupillus, pupilla)* sono le persone più specialmente bisognevoli di tutela [1]. Il diritto romano vi provvedeva in tre modi, vale a dire con la *tutela testamentaria*, colla *legitima*, colla *dativa*.

Tutela testamentaria. — Il diritto del padre di famiglia di nominare nel testamento un tutore ai suoi figli impuberi è riconosciuto espressamente dalle XII [2]. La validità della tutela dipendeva da quella del testamento in generale; quindi il tutore testamentario doveva avere col defunto la *testamentactio* passiva, e nell'antico diritto cadeva, se il testamento era formalmente invalido. Sotto l'Impero però questa *tutela imperfecta* andava soggetta alla conferma della autorità pupillare [3].

Tutela legittima. — Soltanto quando manchi ogni disposizione del padre di famiglia, è chiamato alla tutela, secondo il disposto delle XII Tavole, il più prossimo agnato, quello cioè

---

[1] GAI., I, 189: *Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatium iure contingit: quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.*

[2] ULPIAN., XI, 14: *Testamento quoque nominati tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto: qui tutores dativi appellantur.* GAI., I, 144 e seg. Il tutore testamentario si diceva *dativus*, perchè la formula soleva esser questa: L. TITIUS LIBERIS MEIS TUTOREM DO, oppure: L. TITIUS TUTOR ESTO (GAI., I, 149).

[3] MODESTINUS, fr. 1, § 1, *de conf. tut.*, XXVI, 3: *Quod deficit, repleri a consulari potestate, constitutiones concesserunt et secundum mentem confirmari tutores.* — Cod. civ., art. 242 e 243.

che, morendo l'impubere, sarebbe il più prossimo erede [1]. Poichè il diritto della tutela e della eredità andavano di pari passo, così l'ordine è lo stesso tanto nella successione quanto nel diritto alla tutela. Secondo il medesimo principio spettava la tutela, che dicevasi pur *legitima*, al patrono o alla sua famiglia sul manomesso impubere [2]. Giustiniano colla sua Nov. 118 cap. 5, chiamò alla tutela legittima anche i cognati.

Tutela dativa. — In difetto delle due prime specie di tutela era riserbata all'autorità la nomina di un tutore per l'impubere sulla domanda e proposta dei parenti o di qualunque interessato [3]. Tale disposizione risale ad una legge Atilia, che è certo anteriore all'anno 186 avanti Cristo e si attribuisce generalmente al tribuno della plebe L. Atilius Regulus, e fu estesa da una legge *Iulia et Titia* alle provincie. Secondo queste leggi la nomina dei tutori era attribuita in Roma al pretore urbano assistito dal collegio dei tribuni della plebe, nelle provincie ai presidi delle medesime [4]. Oltre a questo il pretore soleva nominare dei tutori straordinari, detti per ciò *praetoris tutores*, quando fra il pupillo ed il tutore ordinario vi fosse stato conflitto di interessi [5]. Sotto l'Impero l'autorità di nomi-

---

[1] Ulpianus, fr. 9, § 1, *de tut. et rat.*, XXVII, 3: *Semper legitima tutela testamentariae cedit.* Gai., I, 155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII agnati sunt tutores qui vocantur legitimi.* — Cod. civ., art. 242-244.

[2] Gai., I, 165, 167, 192; Ulpian., XI, 3, 18; *Inst.*, I, 17. Non si può determinare se in mancanza degli agnati fossero nell'antico diritto chiamati, come alla successione, così alla tutela i gentili.

[3] Ulpianus, fr. 2, § 23, *ad Sc. Tertull.*, XXXVIII, 17; fr. 2, pr. *de admin. tut.*, XXVI, 6. Alcune persone vi sono obbligate: fr. 2, § 1, *cod.*, XXVI, 6. — Cod. civ., art. 250.

[4] Gai., I, 185: *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis qui Atilianus tutor vocatur: in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia.* Ulpianus, XI, 18.

[5] Gai., I, 184: *Olim cum legis actiones in usu erant etiam ex illa causa tutor dabatur si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat... qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Post sublatas legis*

nare i tutori in Roma fu trasferita da Claudio ai consoli, da Marco Aurelio ad un *praetor tutelaris* per Roma, e la diocesi urbana, da un' ordinanza dell' anno 389 d. C. al *praefectus urbi* con un consiglio di dieci senatori e col pretore tutelare; infine da Giustiniano al prefetto medesimo per le classi più elevate *(illustres et clarissimi)*, al pretore ed ai presidi delle provincie per gli altri [1]. — Dicemmo già come nelle provincie la facoltà di nominare i tutori *(tutoris datio)* era dalle leggi *Iulia et Titia* accordata ai presidi: essi la esercitavano su proposta *(nominatio)* delle autorità delle città provinciali, le quali acquistarono sempre più lo stesso diritto di nomina, quantunque sotto il sindacato dei presidi [2]. — Nelle città italiche la nomina era pure accordata talvolta nella *lex municipalis* alle autorità locali, nelle altre spettava all' autorità centrale; e ciò durò finchè Marco Aurelio non ebbe affidato quell' ufficio agli *iuridici*.

Oltre le suddette specie di tutela è da farsi menzione in questo luogo di una *tutela fiduciaria*. Essa sorgeva quando una persona liberava un' altra dalla condizione di mancipio, e nell' atto precedente della mancipazione era stata pattuita una tale liberazione (fiducia). Quella persona rimaneva per diritto di quasi-patronato tutore del manomesso o *tutor fiduciarius*. Ciò avveniva specialmente nel caso del padre che avesse mancipato il figlio ad un altro, del marito o dell' estraneo che liberasse una donna dalla *manus* (vedi più sotto § 177). Infine anche i figli maggiori di un genitore, che avesse manomesso figlie o nipoti, divenivano tutori fiduciari delle medesime [3].

---

actiones quidam putant hanc speciem dandi tutores in usu esse desiisse, aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur. ULPIANUS, XI, 24.

[1] Const. 1, *de tutor.*, V, 33; pr. §§ 2-4, Inst., *de Atil. tut.*, I, 20. Vedi anche SVET., *Claud.*, 23, e PLIN., *Ep.*, IX, 13.

[2] § 4, Inst., *de Atil. tut.*, I, 20: *Hoc iure utimur ut in provinciis autem praesides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus iussu praesidum si non sint magnae pupilli facultates.* Cfr. ULPIANUS, fr. 3, e PAULUS, fr. 19, § 1, *de tut. et cur. dat.*, XXVI, 5. — Cod. civ., articolo 245.

[3] FEST., s. v., *remancipatam*; ULPIAN., XI, 5: *Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente vel coemptionatore manumisit, per similitudinem patroni*

DIRITTO CIVILE ITALIANO. — Anche pel Codice civile la tutela è testamentaria, legale e dativa.

Tutela testamentaria è quella che il genitore superstite, il quale al tempo della sua morte è nell' esercizio della patria potestà, costituisce per testamento o per atto notarile a quelle persone che per la sua morte rimangono minori indipendenti o che egli prevede saranno interdette [1].

Tutela legale è quella che, in mancanza di tutela testamentaria, è deferita dalla legge all' avo paterno e, in mancanza di esso, al materno, sui nipoti minori che per la morte dei genitori sono rimasti indipendenti [2] o deferita al coniuge dell' interdetto e, nella mancanza, minorità o separazione legale di esso, al padre o alla madre dell' interdetto e finalmente quella che la legge direttamente deferisce al genitore sul figlio naturale da esso riconosciuto.

Tutela dativa è quella che in difetto di tutela testamentaria e legittima, o per l' esclusione o dispensa dei tutori testamentari o legittimi, viene deferita a persona scelta dal consiglio di famiglia [3] o di tutela [4]. Tale è la tutela che viene deferita dal consiglio di tutela, nella cessazione della tutela legittima del genitore naturale, sui figli minori legalmente riconosciuti o che viene deferita dal consiglio stesso sui figli minori di genitori ignoti [5]. Tale pure quella, che mancando un tutore testamentario e legittimo all' interdetto, gli nomina il consiglio di famiglia [6]; quella deferita dal consiglio di amministrazione dell' ospizio sopra il fanciullo ivi ricoverato, che non abbia parenti conosciuti e capaci d' uffizio di tutore [7]. Tale finalmente è quella temporanea, che, assenti ambedue i geni-

---

tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur. GAI., I, 113, 166, 175; Inst., I, 19; MODESTINUS, fr. 4, *de leg. tut.*, XXVI, 4.

[1] Art. 241, 242, 243, 330.

[2] Art. 184, 244, 330.

[3] Art. 245.

[4] Art. 248.

[5] Art. 330.

[6] Art. 262.

[7] Art. 47.

tori, o assente il padre e morta la madre prima che si verifichi la presunzione o dichiarazione di assenza, o nella impossibilità della madre di esercitare la patria potestà, viene deferita dal consiglio di famiglia [1]. Qualunque sia il numero dei figli, non può essere loro nominato che un solo tutore.

§ 174.

Capacità ed obbligo di assumere la tutela pupillare.

Diritto Romano. — Non tutti sono capaci di assumere l'ufficio della tutela: tutti quelli però che ne sono capaci sono obbligati ad assumerlo, meno determinati motivi di scusa.

Sono assolutamente incapaci coloro che non hanno *testamenti factio* col pupillo (schiavi, peregrini, *Latini Iuniani)* [2], gli impuberi, i furiosi, i prodighi, gli infami, i muti, i sordi, e finalmente le donne [3]. Riguardo a queste ultime però il principe poteva accordare alla madre ed all'ava la tutela sulla loro istanza, anzi si finì col permetterlo assolutamente, quando esse restassero vedove [4]. Di una incapacità relativa si parla, quando l'autorità tutelare esclude dalla tutela coloro che la domandano in modo sospetto o erano invisi o nemici ai genitori [5].

I motivi di esenzione dalla tutela *(excusationes)* sono molti e diversi [6]. I principali sono i seguenti: l'età di 70 anni; l'assenza per affari di Stato; un determinato numero di figli secondo la legge Papia Poppea (3 in Roma, 4 in Italia, 5 nelle provincie); tre diverse tutele; alcuni uffici, dignità e profes-

---

[1] Art. 246.

[2] Gai., I, 23; Ulpian., XI, 16; *Vatic. Fragm.*, 163.

[3] Paulus, fr. 1, §§ 2 e 3; fr. 17, e Neratius, fr. 18, *de tutel.*, XXVI, 1.

[4] Const. 2-3, *quando mulier*, V, 35; Nov. CXVIII, cap. 5.

[5] Modestinus, fr. 21, § 6, *de tut. et cur.*, XXVI, 5; Ulpianus, fr. 3, § 12, *de suspect. tut.*, XXVI, 10; Cod. civ., art. 368-371.

[6] Essi sono enumerati nei *Vatic. Fragm.*, §§ 123-248, nella *Sentent.* di Paolo, II, 27; nel *Cod. Theod.*, III, 20; nei Dig., XXVIII, 1, nelle *Inst.*, I, 25; nel Cod. V, 62-69. — Cod. civ., art. 272 e seg.

sioni; il servizio militare; l'appartenere a certe corporazioni privilegiate; la mancanza delle necessarie cognizioni. La facoltà accordata già al tutore nominato dall'autorità di liberarsi proponendone altro più abile o più prossimo al pupillo *(potioris nominatio)*, limitata da Settimio Severo [1], fu abbandonata dal diritto giustinianeo.

Diritto civile italiano. — Possono essere tutori, protutori, curatori e membri dei consigli di famiglia quelli che la legge non ha dichiarato incapaci o esclusi dalla tutela. La incapacità o l'esclusione hanno l'eguale effetto di togliere il diritto di essere tutori, ma le cause d'incapacità non importano una diminuzione della estimazione pubblica, come le altre. Eccetto gli incapaci e gli esclusi hanno l'obbligo di accettare la tutela tutti quelli che non sono dispensati dalla legge.

Causa d'incapacità. — Sono incapaci: 1° le donne, eccettuate le ascendenti e le sorelle germane non maritate; 2° coloro che non hanno la libera amministrazione del proprio patrimonio, come i minori, gli interdetti e gli inabilitati; 3° tutti quelli che abbiano o siano per avere, o dei quali il padre, la madre, i discendenti o il coniuge abbiano o siano per avere col minore una lite, in cui si trovi messo in pericolo lo stato del minore o una parte notabile delle sue sostanze [2].

Cause di esclusione. — Sono esclusi dagli uffizi tutelari e debbono esserne rimossi, qualora li avessero assunti: 1° i condannati ad una pena criminale; 2° i condannati alla pena del carcere per furto, frode, falso o per reato contro i buoni costumi; 3° le persone di notoria cattiva condotta e quelle notoriamente incapaci di amministrare, o di provata infedeltà, o trascuratezza, o colpevoli di abuso di autorità nell'esercizio della tutela; 4° i falliti non riabilitati [3].

Nel caso di condanna a pena correzionale per reato non indicato nel numero 2°, il condannato non può essere tutore finchè non abbia scontata la pena; che se avesse già assunto

---

[1] Paul., *Sentent.*, II, 28-29; *Vatic. Fr.*, §§ 158, 206, 242 e seg.

[2] Art. 268.

[3] Art. 269.

la tutela e la pena fosse maggiore di un anno di detenzione, la perde, nè può esservi riammesso finchè dura la pena; se la pena è minore di un anno, il consiglio di famiglia lo può rimuovere [2].

Cause speciali di rimozione. – Possono essere rimossi dalla tutela: 1° il tutore che omette di fare l'inventario o lo fa infedele o non vi dichiara il suo debito; 2° il tutore che non promuove sollecitamente la nomina del protutore; 3° il tutore e il protutore che non prendono l'iscrizione dell'ipoteca legale [2].

Cause di dispensa. — Sono dispensati dagli uffizi di tutore o protutore: 1° i principi della famiglia reale, salvochè si tratti di tutela di altri principi della stessa famiglia; 2° i presidenti delle camere legislative; 3° i ministri segretari di Stato; 4° i presidenti del Consiglio di Stato, della Corte dei conti, delle Corti giudiziarie ed i capi del Pubblico Ministero presso le Corti medesime; 5° i segretari e direttori generali delle amministrazioni centrali del Regno ed i capi delle amministrazioni provinciali [3].

Per esorbitanza dell'onere hanno diritto di essere dispensati dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela e dall'uffizio di protutore: 1° le donne che possono essere tutrici; 2° coloro che abbiano l'età di sessantacinque anni compiuti; 3° quelli che siano affetti da grave e permanente infermità; 4° il padre di cinque figli viventi (i figli morti in attività di servizio nell'esercito di terra o di mare sono computati per far luogo alla dispensa); 5° chi sia già incaricato di una tutela; 6° i militari in attività di servizio; 7° coloro che abbiano missione dal governo fuori del Regno, o che per ragione di pubblico servizio risiedono fuori del territorio del tribunale in cui si è costituita la tutela [4].

Finalmente non sono obbligati ad assumere la tutela o l'ufficio di protutore gli estranei se nel territorio del tribunale in

---

[1] Art. 170.
[2] Art. 295, 286, 288, 1984.
[3] Art. 272.
[4] Art. 273.

cui si costituì la tutela, o in cui sia parte notabile delle sostanze del minore, risiedono parenti o affini capaci di assumere i detti uffici e non dispensati per causa legittima. Anzi, venendo a cessare le cause per cui il parente o affino era stato dispensato, l'estraneo che abbia assunto l'ufficio di tutore o di protutore potrà ottenere di esserne liberato [1].

La domanda di dispensa deve proporsi in ogni caso al consiglio di famiglia. Se questo rigetta la domanda, il tutore o il protutore può impugnarne la decisione dinanzi al tribunale; ma finchè pende la decisione del tribunale, il tutore o il protutore è tenuto a continuare l'esercizio delle sue funzioni [2].

Da ultimo è data facoltà al consiglio di famiglia di dispensare in ogni tempo il tutore, il protutore e il curatore dal loro uffizio, qualora essi acconsentano a rassegnarlo e il consiglio reputi necessario un tale provvedimento nell'interesse del minore: la deliberazione però del consiglio di famiglia, ove non sia stata presa a voti unanimi, dev'essere sottoposta all'omologazione del tribunale [3].

§ 175.

Rapporti giuridici fra tutore e pupillo.

Diritto romano. — La tutela ha piuttosto un carattere economico che un carattere personale. Generalmente l'educazione e la custodia del pupillo erano anche in Roma lasciate ai più prossimi parenti e ordinariamente alla madre [4]. Le spese per l'allevamento o istruzione *(alimenta)* vengono determinate in una certa somma dal magistrato, quando il padre non vi abbia già provveduto nel suo testamento [5]; ed al tutore è affidata la cura

---

[1] Art. 274.

[2] Art. 275.

[3] Art. 276.

[4] Senec., *Consol. ad March.*, 24: *Pupillus relictus sub tutoris cura usque ad decimum quartum annum fuit, sub matris tutela semper.*

[5] Ulpianus, fr. 3, pr. *ubi pupill.*, XXVII, 2.

personale del pupillo sol quando la madre sia morta o incapace, e non vi sia altro prossimo parente, nelle quali disposizioni il magistrato deve sempre por mente ai desiderii del genitore defunto e dei congiunti.

Le attribuzioni del tutore sono di due specie: *auctoritatis interposito* e *negotiorum gestio* [1]. *Auctoritas* non è nel vero senso della parola se non complemento della dichiarazione di volontà del pupillo. Alcuni atti giuridici non sono validi e completi, se non quando alla volontà del pupillo si aggiunga quella del tutore *(auctor fit pupillo ad negotium gerendum)*. Questi atti sono in primo luogo tutti gli atti solenni civili *(si civile negotium gerant, si lege aut legitimo iudicio agant)* [2] e secondariamente tutti quegli atti, che portano effettivamente o potrebbero portare una diminuzione nel patrimonio del pupillo e quindi obbligazioni, alienazioni, adizione di eredità [3]. Egli agisce invece validamente quando si tratta di un aumento del suo patrimonio [4]. È inutile il dire che l'interposizione della autorità non è possibile se non quando il pupillo ha superata l'infanzia, perchè allora soltanto egli è capace di agire civilmente. L'*auctoritas* ha poi questo di singolare, che lungi dall'essere considerata come una ratifica degli atti del minore, è un elemento essenziale dell'atto stesso: e perciò il tutore deve essere presente e deve prestare il suo assenso incondizionatamente [5] senza

---

[1] Ulpian., XI, 25: *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt.*

[2] Ulpian., XI, 27; XX, 12 e 15; Gai., II, 113.

[3] Gai., III, 107: *Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen, ut sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, veluti si ipse obligetur.* Ulp., XI, 27; Gaius, fr. 9, pr. e § 3, *de auct. tut.*, XXVI, 8; fr. 8, pr. *de acq. her.*, XXIX, 2; Gai., II, 80. Il pupillo però assumeva in certa qual maniera una obbligazione *naturale* se si obbligava senza l'intervento del tutore. Ulpianus, fr. 5, pr. *de auct. tut.*, XXVI, 8; Paulus, fr. 43, *de obl. et act.*, XLIV, 7. Vedi § 111.

[4] Gai., fr. 9, pr, *de act. tut.*, XXVI, 8.

[5] § 2, Inst., *de auct. tut.*, I, 21: *Tutor autem statim, in ipso negotio praesens, debet auctor fieri.* Ulpianus, fr. 8, *de auct. tutor.*, VI, XXI: *Auctoritas pure interponenda est.*

che sia però necessaria una forma speciale di assenso [1]. Quando i tutori son più, tutti devono secondo l'antico diritto interporre la loro autorità; Giustiniano dichiara però che di regola l'autorità di uno di essi è sufficiente [2].

La *(negotiorum) gestio* è l'amministrazione del patrimonio pupillare. Prima di assumerla il tutore è obbligato a stendere un esatto inventario di tutto il patrimonio [3]. Nell'amministrazione poi egli è tenuto a conservarlo, impiegarlo ed anche accrescerlo secondo le circostanze. In questo però egli è perfettamente libero e indipendente solo quando il pupillo sia minore di sette anni, o assente, o demente. Egli deve infatti mantenere in buon essere fondi e edifizii, usare la debita sorveglianza sui capitali dati a frutto, impiegare i denari nell'acquisto di fondi o, se questo è impossibile, in mutui ad interesse colle dovute garanzie, e deve vendere le cose appartenenti al pupillo che deperiscono col tempo [4]. Quanto all'alienazione di beni del pupillo la libertà del tutore è stata limitata da un senatusconsulto dell'a. 195 d. C. conosciuto sotto il nome di *Oratio Severi* [5] e dalle posteriori costituzioni imperiali [6]. Così Costantino ordinò che, meno pochissime eccezioni, nulla potesse essere alienato dal tutore senza il permesso dell'autorità del magistrato. Infine il tutore deve rappresentare il pupillo in giudizio, sia coll'agire egli stesso, sia coll'interporre la sua autorità [7].

Quando i tutori son più, un solo, in generale, amministra *(tutor gerens)* e gli altri chiamansi *honorarii* [8]. Se non è determinato da un testamento quale deve essere fra più tutori l'amministratore, lo si determina dalla maggioranza dei tutori e dal

---

[1] Ulpianus, fr. 1, § 1, e Paulus, fr. 3, *de auct. tut.*, XXVI, 8.

[2] Const. 5, *de auct. praest.*, V, 59; Ulpian., XI, 26.

[3] Ulpianus, fr. 7, pr. *de admin. tut.*, XXVII, 7.

[4] Id., fr. 1, §§ 1, 3 e 7; Paulus, fr. 15; Papinianus, fr. 36 e 39, § 14; Paulus, fr. 46, § 7, e fr. 49, *de admin. tut.*, XXVII, 7.

[5] Ulpianus, fr. 1, § 2. *de rebus eorum qui sub tut.*, XXVII, 9.

[6] Const. 22, *de admin. tut.*, V, 37; Nov. XXII, cap. 5 e 7.

[7] Ulpianus, fr. 1, §§ 2, 4, e fr. 10, *de admin. tut.*, XXVI, 1.

[8] Vedi Benigni, *Il tutore onorario*, nell'*Archivio giur.*, LXXIII.

pretore, ovvero anche i tutori si dividono l'amministrazione secondo i rami d'affari o secondo le provincie [1].

I doveri del tutore nell'amministrazione pupillare erano fino dai più antichi tempi ritenuti come sacri [2], e vi erano quindi severe disposizioni riguardo alla loro infranzione. Già le XII Tavole avevano stabilito a favore del pupillo due speciali azioni: l'*accusatio suspecti tutoris* e l'*actio rationibus distrahendis*. Colla prima, che era accordata al pupillo stesso, se ne era capace, o altrimenti, ai contutori, ai congiunti ed infine a qualunque persona, si otteneva dall'autorità la remozione del tutore che avesse trascurato le regole di una buona amministrazione. Quando il magistrato trovava giusta l'accusa e riconosceva nel tutore dolo o colpa, pronunziava la remozione e nominava un altro amministratore. Il tutore rimosso, quando fosse convinto di dolo, era colpito d'infamia [3]. Coll'*actio rationibus distraendis* il pupillo otteneva il doppio valore di ciò che il tutore avesse sottratto. È da notarsi, però, che essa era per metà reipersecutoria e per metà penale e che inoltre poteva essere intentata soltanto dopo il termine della tutela e mai contro gli altri [4]. L'*actio tutelae* finalmente serviva a garantire il pupillo contro ogni pericolo di malversazione. Quest'azione, che non potevasi intentare se non a tutela finita [5], mirava così ad ottenere il rendimento dei conti, al quale ogni tutore era obbligato, compito il suo ufficio, come pure alla restituzione del patrimonio pupillare con l'indennità per tutto ciò che fosse andato perduto per colpa del tutore [6].

---

[1] ULPIANUS, fr. 3, §§ 1-9; fr. 4; PAPINIANUS, 36, 38; TPYPHONIN., 55, pr. e § 1, *de adm. tut.*, XXVI, 7.

[2] CATO, *in Gell. N. A.*, V, 13; *Quod maiores sanctius habuere defendi pupillos quam clientem non fallere.*

[3] ULPIANUS, fr. 1, §§ 2 e 6; fr. 3, pr. § 1, *de susp. tut.*, XXVI, 10; ULP., XI, 23; GAI., I, 182, *Inst.*, I, 26. — Nei casi più gravi il *prefectus urbi* e il preside potevano infliggere una pena criminale. ULPIANUS, fr. 1, § 8; fr. 3, §§ 15 e 16, *eod.*, XXVI, 10; §§ 10 e 11, Inst., *de susp. tut.*, I, 26.

[4] TRYPHONINUS, fr. 55, § 1, *de adm. tut.*, XXVI, 7; PAUL., *Sentent.*, II, 30; PAULUS, fr. 2, § 2, *de tut. et rat. distr.*, XXVII, 3.

[5] PAULUS, fr. 4, pr. *de tut. et rat. distr.*, XXVII, 3.

[6] GAI., I, 191; ULPIANUS, fr. 1, § 3, *de tut. et rat. distr.*, XXVII, 3.

Era un giudizio di buona fede ed arbitrario, per cui venivano in esso il dolo e la colpa, gli interessi e la compensazione: la condanna portava inoltre per conseguenza l'infamia [1]. Coll'*actio tutelae contraria* il tutore poteva domandare il rifacimento delle spese *(impensae)* incontrate nell' amministrazione [2].

Oltre a queste azioni il pupillo è garantito dalla cauzione *(satisdatio rem pupilli salvam fore)* che i tutori, tranne i testamentarii e quelli nominati da un alto magistrato, devon prestare per mezzo di fideiussori e in forma di una stipulazione [3]; da una ipoteca legale sul patrimonio del tutore; e finalmente dalla responsabilità sussidiaria di coloro che erano concorsi alla nomina del tutore [4].

Chi senza essere tutore si assume una tutela *(pro tutore* o *falsus tutor)* ha verso il pupillo gli stessi obblighi del tutore, e le azioni della tutela si estendono alla *protutela.* Il *falsus tutor,* interponendo l'*auctoritas,* non può render valido un atto del pupillo, ma il danneggiato ha la *restitutio in integrum* e l'azione di danno contro di lui [5].

DIRITTO CIVILE ITALIANO. — Il tutore ha la cura della per-

---

[1] GAI., IV, 62; ULPIANUS, fr. 5, § 7; fr. 7, §§ 5 e 10; CALLISTRAT., fr. 33, pr.; PAPINIANUS, fr. 41, e SCAEVOLA, fr. 57, pr. *de adm. tut.,* XXVI, 7; ULPIANUS, fr. 1, § 4, *de contr. tut. act.,* XXVII, 4; CIC., *Pro Rosc.,* 6. Il tutore contro cui s' intentava l' azione di tutela poteva esigere dal pupillo il giuramento di calunnia ed anche intentargli di poi un giudizio di calunnia quando avesse creduto che il pupillo fosse spinto da sola malevolenza. GAI., I, 174-176, 178-179.

[2] ULPIANUS, fr. 1, pr. *de contr. tut. act.,* XXVII, 4: *Contrariam tutelae actionem praetor proposuit induxitque in usum ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione.*

[3] GAI., I, 193-200; pr. Inst., *de satisdat. tut.,* I, 23. Dalla stipulazione sorgeva alla fine della tutela l' *actio ex stipulatu,* colla quale si otteneva l' *interesse* del pupillo. MODESTINUS, fr. 32, pr. *de adm. tut.,* XXVI, 7. Cfr. ROTONDI G., appunti sulla *stipul. rem pup. salv. fore.,* Pavia 1912.

[4] Cioè dei taciti fideiussori di coloro che avessero garantito la idoneità del tutore. Cod. civ., art. 277-309: « l' amministrazione del tutore è costantemente sorretta dal concorso e dalla vigilanza del consiglio di famiglia ».

[5] Dig., XXVII, 5, e XXVII, 6; Cod., V, 45.

sona del minore, lo rappresenta negli atti civili e ne amministra i beni [1].

Cura della persona del minore. — Il minore deve rispetto ed obbedienza al suo tutore. Il tutore deve mantenerlo ed educarlo. La spesa annua occorrente per il mantenimento deve essere stabilita dal consiglio di famiglia [2]. Nell' educazione del minore il tutore, tranne il caso che la tutela sia esercitata dall' avo paterno o materno, non ha la pienezza dell' autorità. Spetta infatti al consiglio di famiglia il deliberare sia rispetto al luogo in cui il minore debba essere allevato, sia sull' educazione che convenga dargli, sentito lo stesso minore quando abbia compiuto l' età di dieci anni [3]. Se il tutore abusa della sua autorità o trascura gli obblighi del suo uffizio, il minore potrà portare le sue doglianze al consiglio di famiglia [4]. Il consiglio di famiglia, al quale il tutore avesse esposto gravi motivi di doglianza per la cattiva condotta del minore, può autorizzarlo a provocare dal presidente del tribunale un decreto per collocare il minore in quella casa di correzione che reputi conveniente a correggerlo e migliorarlo [5].

Rappresentanza del minore. — Gli atti civili concernenti l' interesse del minore debbono farsi dal tutore a nome del pupillo, ovvero dal pupillo coll' assistenza del tutore. Questa seconda maniera è la sola ammessa negli atti che per loro natura o per loro oggetto debbono essere l' espressione della volontà individuale e diretta del pupillo, come per esempio, le convenzioni matrimoniali e il riconoscimento dei figli naturali. Trattandosi poi di testamenti e della celebrazione del matrimonio, debbono entrambi compiersi dal solo minore, il secondo col consenso del tutore [6].

Amministrazione dei beni del minore. — Il tutore prima di assumere l' amministrazione del patrimonio pupillare deve com-

---

[1] Art. 277.
[2] Art. 291.
[3] Art. 278 e 280.
[4] Art. 280.
[5] Art. 279 comb. coll' art. 222.
[6] Art. 55, 65, 763, 1386.

pilarne l'inventario, non ostante qualunque dispensa [1]; e se omette di farlo, o lo fa infedele, è tenuto al risarcimento dei danni e può essere rimosso dalla tutela [1].

Il tutore, che non sia l'avo paterno o materno, è tenuto a dare cauzione, se non è dispensato dal consiglio di famiglia con deliberazione che sarà sottoposta all'omologazione del tribunale. Spetta al consiglio di famiglia di determinare la somma, ma il tutore ha la scelta della cauzione che gli piace, cioè fideiussoria, pignoratizia, ipotecaria. In quest'ultimo caso il consiglio di famiglia indica i beni sui quali deve iscriversi l'ipoteca legale: se il tutore non possiede beni sufficienti, il consiglio di famiglia deve procedere alla nomina di un nuovo tutore [2].

Compilato l'inventario e prestata nei congrui casi la cauzione, il tutore deve assumere l'amministrazione del patrimonio pupillare; ma per gli atti che eccedono la semplice amministrazione è necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e per alcuni si richiede altresì l'omologazione del tribunale.

Gli atti che il tutore può validamente porre in essere con la sola autorizzazione del consiglio di famiglia sono: 1° la riscossione dei capitali; 2° l'impiego dei medesimi; 3° la cessione o il trasferimento di crediti o di carte di credito; 4° l'acquisto di beni mobili o immobili; 5° le locazioni eccedenti il novennio; 6° l'accettazione o il ripudio di eredità; 7° l'accettazione di donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni; 8° prendere in affitto beni del minore [4].

Gli atti pei quali occorre al tutore anche l'omologazione del tribunale sono: 1° l'alienazione; 2° la costituzione di un pegno o di un'ipoteca; 3° il mutuo passivo; 4° il compromesso; 5° la transazione; 6° la divisione e 7° la continuazione di uno stabilimento di commercio o d'industria che si trovi nel patrimonio del minore [5].

---

[1] Art. 296, 300, 301, 930, 1572.
[2] Art. 296, 299, 301.
[3] Art. 281.
[4] Art. 288.
[5] Art. 292.

§ 176.

Termine della tutela pupillare.

La tutela pupillare ha termine:

1° Colla pubertà del pupillo [1].

2° Colla morte del medesimo o colla sua *capitis deminutio* [2].

3° Colla morte del tutore o colla sua *capitis deminutio* massima e media [3].

4° Colla deposizione del tutore *(remotio)* o la sua dimissione per un motivo di scusa *(abdicatio)* [4].

§ 177.

Tutela muliebre.

Il più antico diritto romano ammetteva la tutela perpetua delle donne che non fossero nella potestà o nella *manus* di alcuno. La ragione apparente era la debolezza del sesso, ma la causa più intima e più vera era il desiderio di conservare agli agnati il patrimonio famigliare [5].

---

[1] Gai., I, 196, 146. Ulp., XI, 27; pr. *Inst.*, I, 22. Nel tempo più antico la determinazione della pubertà era lasciata al padre, che la poteva fissare anche nel suo testamento. Di consueto anche i giovinetti erano dichiarati *puberes, vesticipes* nelle ferie liberali (17 marzo) dopo aver compiuto il quattordicesimo anno di età; allora mutavano la *toga praetexta* colla *toga virilis*. Nel diritto classico prevale la opinione proculiana che la pubertà cominci al quattordicesimo anno compiuto.

[2] §§ 1 e 3, *Inst.*, I, 22; Ulpianus, fr. 14, pr., e § 1, *de tutel.*, XXVI, 1.

[3] Ulpian., XI, 7: Gai., I, 187. Il tutore legittimo perdeva la tutela anche per la *capitis dem. minima*, appunto perchè la esercitava come membro di quella data famiglia; ma ciò andò in disuso quando le leggi deferirono la tutela ai parenti naturali. Paulus, fr. 7, pr. *de cap. min.*, IV, 5; cfr. Ulp., XI, 9; § 4, Inst., *quib. mod. tut.*, I, 22.

[4] Vedi il § 175, e Gai., I, 182; Ulpian., XI, 23; § 6, *Inst.*, I, 22.

[5] Liv., XXXIV, 2: *Maiores nostri ne privatam quidem rem agere feminas*

Anche la tutela delle donne era o testamentaria, o legittima, o dativa [1]. È da notare soltanto quanto alla tutela testamentaria che il diritto di nominare alla donna un tutore spettava anche al marito e che egli poteva lasciare a lei stessa la facoltà più o meno lata di scegliersi il tutore *(optio*, da cui *tutor optivus*) [2]. Si aggiunga che alla tutela sopra le donne erano autorizzati anche gli impuberi maschi e i dementi, che erano esclusi dalla tutela pupillare [3], e che nessuna scusa era ammessa.

Molto migliore era del resto la condizione delle donne sotto tutela che quella dei pupilli. Esse amministravano sempre il loro patrimonio e soltanto in alcuni casi era necessaria la interposizione della *autorictas* del tutore [4]. Quei casi erano specialmente i seguenti: il compimento di un atto giuridico solenne, come l' *agere lege* o *legitimo iudicio*, la mancipazione, la *in manum conventio*, la costituzione di una dote, l' adizione di una eredità, il testamento, la manomissione ed altri l' aliena-

---

sine auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum. Cic., *Pro Murena*, 12: *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt.* Cfr. Gai., I, 145; Ulpian., XI; Gai., I, 190: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera. Mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant; et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.* Id., 192: *Eaque omnia ipsorum (scil. agnatorum) causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.*

[1] Gai., I, 144-145, 148, 149-157, 173, 178, 180, 184; Ulp., XI, 18, 20-23.

[2] Plaut., *Truc.*, IV, 4, 6; Liv., XXXIX, 19: *Lex munic. Salpens.*, lin. 22; Gai., I, 150-154.

[3] Gai., I, 177, 179, 180, 195; Ulp., XI, 20, 21.

[4] Ulp., XI, 25: *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.* Gai., I, 190.

zione di una *res mancipi*; l'assumere una obbligazione passiva [1].

La tutela delle donne cessava, particolarmente, col matrimonio delle medesime quando passavano nella *manus* del marito, colla *abdicatio* che non era permessa se non al tutore testamentario e colla cessione *in iure*, che il solo tutore legittimo poteva fare, della tutela ad un altro [2].

Il progresso, che già sulla fine del governo consolare si era compiuto nella condizione familiare e giuridica delle donne, fece sparire a poco a poco anche la tutela del sesso [3]. La legge *Julia et Papia Poppaea* dispensò dalla tutela quelle donne ingenue, che avessero avuto tre figli, e quelle libertine che ne avessero avuti quattro [4]. Gli imperatori solevano poi accordare questo *ius trium liberorum* [5]. I giureconsulti però avevano già trovato un espediente per liberare le donne dalla tutela legittima degli agnati, che era loro specialmente onerosa. La donna, infatti, che voleva raggiungere quello scopo, soleva farsi remancipare dal marito, nella cui *manus* fosse venuta per mezzo della *coemptio* (cfr. § 160), o in mancanza di esso da un estraneo, al quale si dava a questo scopo colla medesima formalità della *coemptio (tutelae evitandae aut mutandae gratia)* a quella persona nella tutela della quale essa voleva passare [1]. Colla

---

[1] ULPIAN., XI, 27; GAI., I, 190, 191.

[2] Id., XI, 17: *Si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor; abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse. In iure cedere autem tutelam testamento datus non potest, nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest.* GAI., I, 169; *Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur.* 170: *quo mortuo aut capite deminuto revertitur ad eum tutorem tutela qui cessit: ipse quoque qui cessit, si mortuus aut capite deminutus sit, a cessicio tutela descedit et revertitur ad eum, qui post eum qui cesserat, secundum gradum in tutela habuerit.*

[3] Nel tempo più antico non erano dispensate dalla tutela se non le vergini Vestali, che avevano egualmente un illimitato diritto di far testamento e di essere testimoni ad atti solenni. AUL. GELL., I, 12; VI, 7, 12; CIC., *De repub.*, III, 12; GAI., 1, 145.

[4] GAI., I, 145, 195, 194; III, 44; ULPIANUS, XXIX, 3.

[5] DION. CASS., XLIX, 38.

mancipazione e la seguente manomissione la donna usciva dalla sua famiglia e i suoi agnati non potevano così reclamar più alcun diritto di tutela legittima: mentre il tutore *fiduciario* (così chiamavasi quella persona alla quale la donna facevasi remancipare) non aveva alcuna autorità su di essa, e, quando si rifiutasse ad interporre la sua *auctoritas*, poteva esservi costretto dal magistrato [2]. Per via di questo espediente le donne avevano già mezzo di sottrarsi alla più gravosa delle soggezioni; finchè una *lex Claudia* (sotto l'imperatore Claudio) abolì addirittura la tutela legittima delle donne [3]. Dopo questa disposizione, venne sempre più a cadere la tutela del sesso in genere. L'ultima menzione, che se ne abbia, si trova in un editto di Diocleziano; ed essa era già sparita completamente, quando Valentiniano II permetteva alla madre di esser tutrice del figlio [4].

---

[1] Gai., I, 114, 115: *Quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, iis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est: qui tutor fiduciarius dicitur.* Cfr. Gai., I, 166; Ulpian., XI, 5-6.

[2] Gai., I, 190; II, 122; Cic., *Pro Mur.*, 12: *Nam cum permulta praeclare legibus essent constituta iurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes — in tutorem potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur.*

[3] Gai., I, 157, 171; Ulpian., XI, 8.

[4] *Fr. Vat.*, 325; Const. 4. *Cod. Theod.*, III, 17; Const. 2, *quando mulier*, V, 35. La tutela muliebre è affatto sparita nella legislazione italiana non essendo informata a tale concetto neppure la restrizione di cui all'art. 134 Codice civile.

§ 178.

Della cura e delle varie sue specie.

La *cura* o *curatio* è un istituto giuridico destinato a supplemento della tutela, alla difesa cioè delle sostanze di un individuo che per particolari ragioni non possa attendere da sè alla loro amministrazione. La sola differenza sostanziale fra la cura e la tutela consiste in questo: che il curatore, mentre ha l'amministrazione del patrimonio e, solo quando sia necessario, la custodia della persona, non interpone mai la sua *auctoritas*: in tutto il rimanente i due istituti giuridici si rassomigliano. La cura differisce per un altro lato dalla semplice procura in questo: che la prima è un *munus publicum*, al quale nomina sempre il magistrato e che fa indipendente il curatore dal suo amministrato, mentre la seconda ha un carattere affatto privato e dipende così per il modo come per la durata dalla volontà del *dominus*.

La cura distinguesi in *legitima* ed *onoraria*, secondochè ha la sua radice nella legge (delle XII Tavole) o nell' editto pretorio [1]. Le XII Tavole contenevano disposizioni per la cura dei mentecatti e dei prodighi, mentre il diritto pretorio posteriore provvide alla cura dei minori o ad altri bisogni speciali.

Cura furiosi [2]. — Il mentecatto giunto alla pubertà veniva affidato alla cura degli agnati o in loro mancanza dei gentili [3].

---

[1] Ulpian., XII, 1: *Curatores aut legitimi sunt i. e. qui ex lege XII tabularum dantur, aut onorarii i. e. qui a praetore constituuntur.* Di una cura testamentaria non si può parlare, perchè se un curatore era nominato in un testamento, si considerava come una proposta che aveva sempre d' uopo della conferma del magistrato. Tryphoninus, fr. 16, pr. *de curat. fur.*, XXVII, 10.

[2] Audibert, *La folie et la prodigalité*, Paris 1892; Appleton, nella *Revue génér. du droit*, 1893.

[3] Cic., *de invent.*, II, 50: *Si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.* Ulpianus, XII, 2.

Il magistrato aveva da confermare il curatore legittimo dopo una completa ricerca dello stato delle cose [1]. Per colui che non fosse completamente alienato, ma avesse solo indebolito le facoltà mentali *(insanus, stultus)*, provvedeva il diritto pretorio facendogli nominare dal magistrato un curatore speciale [2].

Cura pródigi. — Lo scialacquatore del proprio patrimonio fu considerato e trattato fino dai più antichi tempi di Roma come un alienato di mente. Sulla istanza *(postulatio)* dei congiunti il pretore pronunziava la dichiarazione di prodigalità, dietro la quale l'amministrazione era tolta al padre di famiglia e gli si assegnava un curatore fra i suoi congiunti [3].

Cura minorum XXV annis. — La tutela cessava, come vedemmo più sopra, quando il pupillo avesse raggiunto la pubertà, e da quel momento egli aveva la più completa libertà di agire civilmente. Quando però col corrompersi dei costumi divennero sempre maggiori i pericoli, ai quali gli adolescenti *sui iuris* erano esposti, si fece sentire il bisogno di provvedere con disposizioni legislative alla loro difesa. A ciò provvide da prima la *lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium* emanata nell'anno 561 di Roma [4]. Essa distinse i maggiori ed i minori di 25 anni, e tutelò in più modi questi ultimi dai pericoli e dalle frodi. Così coloro che avessero ingannato un minore erano minacciati di una pena pecuniaria e infamante [5];

---

[1] Fr. 6, *de curat.*, XXVII, 10: *Observare praetorum oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimam curatorem det.*

[2] Horat., *Epist.*, I, 1, 101 e seg.; Ulpianus, fr. 19, § 1; fr. 22, pr. *de reb. auct. iud.*, XLII, 5; Gaius, fr. 2, *de postul.*, III, 1; § 4, Inst., *de curat.*, 1, 23.

[3] Cic., *De sen.*, 7: *Nostro more male rem gerentibus patrii boni interdici solet*; Ulpianus, fr. 1, pr. *de curat.*, XXVII, 10: *Leges XII tabularum prodigo interdicitur bonorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est.* Ulpianus, XII, 2. — La formula di dichiarazione di prodigalità era, secondo Paulus, *Sentent.*, III, 4 *a*, 7: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.*

[4] Plaut., *Pseud.*, I, 68-70. Vedi Costa, nel *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, II, 72.

[5] Cic., *De nat. deor.*, III, 30; Tab. Heracl., lin. 111-112.

il minore poteva sempre opporre una *exceptio legis Plaetoriae* alle azioni che si intentassero contro di lui in seguito ad un contratto [1]; e finalmente era accordata ai minorenni la facoltà di domandare al pretore la nomina di un curatore [2]. Con questo però non erano obbligati tutti i minori ad avere un curatore; ciò era riserbato al loro stesso interesse; dappoichè nessuno avrebbe contrattato volentieri con un minore col pericolo di vedersi opporre poi la sopraddetta eccezione. Sotto Marco Aurelio però la nomina di un curatore divenne obbligatoria per alcuni atti speciali, come per processi, per riscossioni, per alienazioni [3]; quando il pupillo al raggiungere la pubertà non si fosse scelto un curatore, il pretore gliene nominava uno d'ufficio per ognuno di quegli atti speciali *(ad species, ad certam causam)*. Da questo obbligo sorse naturalmente la consuetudine che la maggior parte dei minorenni facevano istanza per ottenere un curatore permanente e generale *(generalis in omnem rem)* [4].

Cura ex aliis causis. — Per molti altri casi particolari il pretore si trovò costretto a nominare dei curatori, come per coloro che non possono attendere per vizio naturale ai loro affari [5], per coloro che sono assenti per lungo tempo [6], per i beni rimasti senza amministratori, come i beni di un fallito

---

[1] PAULUS, fr. 7, § 1, *de except.*, XLIV, 1.

[2] CAPITOL., *M. Aurel.*, 10; PAUL. DIAC. (Müller, pag. 43): *Curatores dicuntur qui pupillis loco tutorum dantur.*

[3] § 2, *Inst.*, 23; ULPIANUS, fr. 1, § 2, *de minor.*, IV, 4; Const. 3-6, *de in integr. rest.*, II, 22 [21].

[4] ULPIANUS, fr. 1, § 3, *de minor.*, IV, 4: *Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorem auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.*

[5] Come sordi e muti (§ 1, Inst., *de curat.*, I, 23, e ULPIANUS, fr. 3, § 3, *de postul.*, III, 1), quando non abbiano nominati da loro stessi un procuratore (mai però i ciechi) (PAULUS, *Sentent.*, IV, 12, 9), ed anche coloro *qui morbo perpetuo laborant* (ULPIANUS, fr. 19, § 1, *de reb. auct. iud.*, XLII, 5).

[6] ULPIANUS, fr. 22, § 1, *de reb. auct. iud.*, XLII, 5; fr. 15, pr. *ex quib. caus.*, IV, 6; PAULUS, fr. 6; § 2, *quib. ex caus.*, XLII, 4.

(*cura bonorum*) [1], o di una eredità giacente, o di un nascituro (*cura ventris*) [2]: per il pupillo finalmente quando il tutore non possa occuparsi dell' amministrazione [3].

Per quello che riguarda i rapporti giuridici fra curatore ed amministrato le obbligazioni e la responsabilità del primo sono analoghe a quelle del tutore [4]. Il sottoposto alla cura invece non era limitato nella sua libertà d' azione, e tranne che non poteva nè amministrare nè alienare, poteva però anche obbligarsi per mezzo della stipulazione [5]. Contro il curatore inoltre potevasi intentare l' *accusatio suspecti tutoris* [6], e l' *actio negotiorum gestorum* analoga all' *actio tutelae* [7], ed il curatore poteva domandare con un *contrarium iudicium* la rifazione delle spese [8].

La cura ha termine per il curatore negli stessi casi per cui cessa per il tutore; per l' amministrato finisce sia col riacquisto della salute per il mentecatto, sia colla correzione pel prodigo [9], sia coi 25 anni compiti per il minore. Riguardo a quest' ultimo però l' imperatore poteva accordare la *venia aetatis:*

---

[1] Cfr. DEGENKOLB, *Magister und Curator im altrömischen Konkurs*, Leipzig 1897; ARANGIO-RUIZ. *Sul fr. 5 D. de cur. bon. dando*, negli *Studi in onore di C. Fadda*, I; ARNUZZI. *Il magister ed il curator della bonorum venditio*, nell' *Archivio giur.*, LXXII, 481 e seg.

[2] ULPIANUS, fr. 8, *quib. ex caus.*, XLII, 4; fr. 3, *de curat.*, XXVII, 10; fr. 1, *de ventre in poss. mitt.*, XXXVII, 9.

[3] § 5, Inst., *de curat.*, I, 23.

[4] GAI., I, 199, 200; Inst., *de satisdat. tut.*, I, 24.

[5] MODESTINUS, fr. 101, *de verb. obl.*, XLV, 1: *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.*

[6] ULPIANUS, fr. 3, §§ 2 e 3, *de suspect. tut.*, XXVI, 10. Essa non potevasi intentare però contro ogni sorta di curatori ma solo contro il curatore del minore, del mentecatto e del prodigo.

[7] PAULUS, fr. 4, § 3, *de tut. et rat.*, XXVII, 3. Quando fosse provato il dolo, il curatore poteva esser condannato nel duplo (PAULUS., *Sentent.*, II, 30).

[8] ULPIANUS, fr. 1, § 2, *de contr. tut. act.*, XXVII, 4. Cfr. ALIBRANDI, *Dell' azione che davasi secondo l' antico dir. rom. contro i curatori*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, II (ora in *Opere giuridiche e storiche*, vol. I).

[9] ULPIANUS, fr. 1, pr. *de curat. fur.*, XXVII, 10.

il che, secondo una disposizione di Costantino, non poteva accadere prima di 20 anni per gli uomini, prima di 18 per le donne [1].

---

[1] Ulpianus, fr. 3. pr. *de minor.*, IV, 4; Const. 1. *Cod. Theod.*, II, 17; Const. 2. *de his qui ven.*, II. 45 [44]. Secondo la legislazione italiana viene nominato ai minori un curatore speciale nel caso che vi sia un conflitto di interesse fra essi e il genitore che esercita la patria potestà (art. 224), e si dà inoltre un curatore all'emancipato (art. 314 e 315), ed all'inabilitato (art. 339); l'interdetto invece è posto sotto la tutela (art. 329).

LIBRO QUINTO

DIRITTO DI EREDITÀ [1].

CAPO I.

Nozioni preliminari.

§ 179.

Della successione a causa di morte in generale.

Nozione. — Allorquando un uomo dotato di capacità giuridica viene a morire, tutti i suoi diritti cessano *per lui*, essendo fisicamente impossibile che seguitino nella sua persona; ma non cessano tutti *con lui*, perocchè altre persone sono chiamate a succedere nel suo patrimonio. Tale successione in causa di morte è di due specie: può essere cioè a titolo universale o a titolo singolare, secondochè si succede nei beni del defunto considerati come un tutto ideale, come una università di diritti *(universitas, universum ius)*, o si succede soltanto in alcuni diritti o rapporti patrimoniali determinati, presi isolatamente. La successione *universale* in causa di morte s'avvera nella ere-

---

[1] Schirmer, *Handbuch des röm. Erbrechts*, Leipzig 1863; Koeppen, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, 1887-95; Rivier, *Traité élémentaire des successions en droit romain*, Bruxelles, 1878; Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Napoli 1900-1901; Scialoja V., *Diritto ereditario romano: Concetti fondamentali* [ed. curata dal dott. E. Giammicheli], Roma, Athenaeum, 1914. Per il dir. civ. Vitali, *Le Successioni*, nel *Trattato* del Fiore, Napoli 1891 e seg.

dità: quella *singolare* nei legati, nei fidecommessi particolari, nelle donazioni e nelle capioni a causa di morte [1].

EREDITÀ. — L'eredità è la successione universale ad un defunto *(hereditas est successio in universum ius quod defunctus habuit)* [2]: onde colui che succede nell'*universum ius defuncti* chiamasi erede.

L'erede rappresenta il defunto, ne sostiene e ne continua la personalità, in guisa da formare con lui una persona sola [3]. Di qui derivano importanti conseguenze:

1° L'erede succede indistintamente in tutti i rapporti patrimoniali tanto attivi che passivi del defunto.

2° L'erede è chiamato a succedere in tutto il patrimonio; bensì la presenza di altri coeredi può limitare ad una quota

---

[1] L'allargamento successivo degli istituti del legato, del fidecommisso e della donazione in causa di morte ha però fatto sì, che essi non si possono più riassumere sotto il concetto di successione particolare, quali pure erano in origine. Sovratutto tale concetto non si può applicare al fidecommesso universale. Vedi da una parte PUCHTA, *Pand.*, § 452; KELLER, *Pand.*, § 554; BÖCKING, *Inst.*, III, § 32; dall'altra WINDSCHEID, *Pand.*, § 623, e HARTMANN, *Begriff und Natur der Vermächtnisse*, pag. 5. Cfr. più sotto, § 221. Sull'origine dell'*hereditas* e dei *legati* vedi BONFANTE, nel *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, IV, 97 e seg.; *ibid.*, VII, 151 e seg.; *L'origine dell'heriditas e le critiche etc.*, nel *Filangieri*, 1905. Una nuova dottrina è del PEROZZI, *Problemi di origine*, negli *Studi in onore di V. Scialoja*, II: cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, II, 357 e seg.

[2] JULIANUS, fr. 63, *de reg. iur.*, L, 17; cfr. ULPIANUS, fr. 59, *eod.* Per il BONFANTE la formula *successio in universum ius* non è classica; i classici avrebbero parlato esclusivamente di *successio in ius* (= posizione giuridica del defunto), nè la formula si sarebbe prestata ad equivoci. I giustinianei invece, avendo creato, come sembra dimostrato dal LONGO (*L'origine della successione particolare*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, vol. XIV-XV), la *successio in singulas res*, si videro obbligati a contrapporle come *successio in universum ius* quella che era originariamente l'unica forma di *successio*. Vedi BONFANTE, *La successio in universum ius e l'universitas*, negli *Studi in onore di V. Scialoja*, I; *La formazione scolastica della dottrina dell'universitas*, nei *Rendiconti Istituto Lombardo*, XXXIX (1906), 277 e seg.; LONGO, *Sull'hereditas concepita come universitas*, negli *Studi in onore di C. Fadda*, II.

[3] Nov. 48, praef. in f.; Cod. civ., art. 693, 925 e 1027.

parte il suo diritto. È quindi lecita la istituzione su una quota; non è invece, come tale, ammissibile la istituzione su alcune cose determinate [1]. Se però i coeredi vengono a mancare, o se il testatore non ha nominato altri coeredi insieme a quello istituito per quota, è evidente che questi avrà il tutto [2].

Lo stesso va detto, colla debita proporzione, del caso che solo alcuni fra più coeredi vengano a mancare o che il defunto, pur nominando varii eredi per quota, non abbia, enumerando le quote, esaurito l'asse ereditario [3].

EREDITÀ GIACENTE [4]. — L'erede, come rappresentante la persona del defunto, acquista l'eredità direttamente senza alcun intermediario [5]. Ma la successione immediata al defunto incontra quest'ostacolo materiale, che l'erede non acquista di regola la eredità se non mediante un'accettazione: nell'intervallo, che corre fra la morte del defunto e l'accettazione, l'eredità giacente si considera dai meno antichi giureconsulti romani in luogo e vece del defunto e si finge ch'essa continui immediatamente la capacità giuridica del medesimo [6]. Mediante tale finzione la eredità giacente è una persona giuridica capace di diritti e di obbligazioni, ma tostochè ne è fatta l'accettazione, questa retroagisce al giorno della morte del defunto [7].

---

[1] Const. 13, *de her. inst.*, IV, 24. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 493; il WANGEROW, *Pandette*, II, § 449, nota 2, ed il WINDSCHEID, *Pandette*, III, § 553. Vedi il § 187, nota 6.

[2] PAULUS, fr. 31 e fr. 53; GAIUS, § 1, *de adq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2. Vedi il paragrafo seguente. — I Romani indicavano la eredità come qualunque altro tutto col nome di asse, *as*, che dividevano in dodici parti uguali, dette *unciae*, ciascheduna delle quali aveva un nome proprio. *Uncia* ($^1/_{12}$), *sextans* ($^2/_{12}$), *quadrans* ($^3/_{12}$), *triens* ($^4/_{12}$), *quincunx* ($^5/_{12}$), *semis* ($^6/_{12}$), *septunx* ($^7/_{12}$), *bes* ($^8/_{12}$), *dodrans* ($^9/_{12}$), *dextans* ($^{10}/_{12}$), *deunx* ($^{11}/_{12}$). Cod. civ. ital., art. 879 e seg.

[3] Vedi più sotto il § 187.

[4] SCHIRMER, *De tribus regulis iuris in hereditate jacente observatis*, Breslau 1852; JHERING, *Die Lehre von der her. jac.*, nelle *Abhandlungen*; DI MARZO, *La dottrina della eredità giacente*, negli *Studi in onore di V. Scialoja*, II.

[5] Vedi vol. I, § 23 e seg., e più sottō § 195. Cod. civ., art. 925.

[6] Vedi vol. I, § 11.

[7] CELSUS, fr. 193, *de reg. iur.*, L, 17: *Omnia fere iura heredum perinde*

LEGATO. — Dall' erede bisogna distinguere il legatario, che come semplice successore singolare è chiamato a raccogliere alcuni beni o diritti del defunto [1], senza che lo rappresenti giuridicamente, senza continuare a sostenere la sua personalità giuridica. Di qui deriva, fra le altre cose, che il legatario non succeda nei debiti del defunto, neppure allora che la cosa avuta in legato sia ipotecata a garanzia della loro soddisfazione. In tale ipotesi il legatario dovrà tollerare l' esercizio del diritto reale d' ipoteca, gravante la cosa legatagli, ma come peso della cosa, e non perchè personalmente obbligato a pagare il debito [2].

§ 180.

Delazione ed acquisto dell' eredità.

NOZIONE. — La successione ereditaria è immediata nel senso che il patrimonio ereditario passa direttamente nell' erede; ma non è immediata nel senso che si compia sempre immediatamente al momento della morte del *de cuius*; infatti la successione può compiersi anche dopo, sia perchè la delazione avviene in un momento posteriore, sia perchè non coincide coll'acquisto della eredità. Bisogna quindi distinguere la delazione dall' acquisto dell' eredità.

L' eredità è deferita ossia aperta *(delata)* quando alcuno è chiamato a raccoglierla, in guisa che stia in suo potere l'acquistarla: *Delata hereditas dicitur, quam quis possit adeundo con-*

---

habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. Cfr. FLORENTINUS, fr. 54, *de adq. v. omitt. hered.*, XXIX, 2. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 465; Cod. civ. italiano, articolo 980 e seg.

[1] Per esempio, una casa, un fondo, la mobilia di una abitazione, mille scudi, un credito del testatore o la liberazione di un debito del legatario verso di esso, ecc.

[2] Const. 2 e 7, *de act. hered.*, IV, 16; MARCIANUS, fr. 16, § 3, e ULPIANUS, fr. 17, *de pignor.*, XX, 1; MODESTINUS, fr. 34, § 2, *de legatis*, II [31] Cod. civ. ital., art. 1033; cfr. art. 863, 925, 1027 e seg.

sequi [1]. Di regola l'eredità è aperta all'epoca della morte del defunto, ma può darsi che sia protratta ad un'epoca posteriore, sia perchè si tratti di un erede istituito sotto condizione, sia per altre ragioni che saranno indicate in seguito.

L'eredità è acquistata quando la persona cui è deferita la fa sua. In generale non si acquista l'eredità che mediante un atto di accettazione, ma in certi casi la si acquista di pien diritto al momento stesso in cui è deferita.

DIVERSE SPECIE DI DELAZIONE. — L'eredità è deferita per testamento o per legge. Vi sono adunque due specie di delazione: la testamentaria e la legittima. Non avvi altro modo di delazione; in ispecie l'eredità (a differenza che nel diritto comune ove operarono influenze germaniche) non può deferirsi per convenzione: le convenzioni relative ad un'eredità futura sono generalmente proibite, come contrarie ai buoni costumi e risguardanti un oggetto che non ha esistenza giuridica [2].

La eredità testamentaria viene in primo luogo, e solo quando essa manchi si apre la successione intestata o legittima. Le due specie di eredità non possono coesistere: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest »*, il che significa che l'eredità non può essere in parte testamentaria [3]. Da questa regola derivano due conseguenze importantissime:

---

[1] TERENTIUS CLEMENS, fr. 151, *de verb. sign.*, L, 16.

[2] POMPONIUS, fr. 1, *de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4: *Si hereditas venierit eius qui vivit aut nullus sit nihil esse acti: quia in rerum natura non sit quod venierit*; JULIANUS, fr. 27, *de adq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2; cfr. fr. 61, *de verb. obl.*, XLV, 1: Const. 4, *de inut. stip.*, VIII, 39 [38]; Cod. civ. ital., art. 954, 1118, 1380, 1460. In via di eccezione il diritto giustinianeo permette tali convenzioni quando hanno per oggetto l'eredità di un terzo (e quindi non può esser parola di modo di delazione) e questi vi acconsente e persevera nella sua volontà fino alla morte (Const. 15 e 30, *de pact.*, II, 3). Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 470.

[3] POMPONIUS, fr. 7, *de reg. iur.*, L, 17; § 5, Inst., *de her. inst.*, II, 14. Vedi anche le cose dette più sopra. — Questa regola non si applicava alla eredità dei militari, e nel diritto patrio non è ammessa affatto (art. 720).

1° Se il testatore dispone soltanto di una parte della sua eredità, l'altra parte non spetta agli eredi legittimi, ma all'erede testamentario [1].

2° Se uno dei coeredi testamentari non accetta l'eredità, la parte vacante spetta per diritto di accrescimento agli altri coeredi testamentari [2].

REQUISITI DELLA DELAZIONE. — La delazione dell'eredità richiede: 1° che la persona della cui eredità si tratta sia morta [3] *(hereditas viventis non datur)*; 2° che la persona chiamata alla eredità esista al momento della delazione [4] e che sia capace di succedere.

Per diritto romano erano assolutamente incapaci di succedere:

1° Gli eretici e gli apostati [5].

2° I peregrini [6].

---

[1] § 7, Inst., *de her. inst.*, II, 14; ULPIANUS, fr. 1, § 4; CELSUS, fr. 13, § 3, e PAPINIANUS, fr. 59, § 3, *de her. inst.*, XXVIII, 5; ULPIANUS, fr. 41, § 8, *de vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6. — Tuttavia se il testatore, dopo aver disposto di una parte dell'eredità, avesse a dichiarare che l'altra parte sia devoluta ai parenti che sarebbero chiamati per legge, si avrebbe una istituzione in loro favore.

[2] Vedi la nota precedente e più sotto § 187.

[3] POMPONIUS, fr. 27, *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2; ULPIANUS, fr. 1, *de her. v. act. vend.*, XVIII, 4.

[4] Se la delazione è posteriore alla morte del testatore, come avviene, per esempio, nel caso dell'istituzione di un erede sotto condizione sospensiva, l'erede deve esistere anche al momento della morte del testatore. È però da osservare che basta l'esistenza nel ventre materno (PAULUS, fr. 10, *de ventre*, XXXVII, 9; JULIANUS, fr. 6, 7, 8, pr. *de suis*, XXXVIII, 16; ULPIANUS, fr. 1, § 8, *unde cogn.*, XXXVIII, 8; PAULUS, fr. 3, *de bon. poss. sec. tab.*, XXXVIII, 11). Secondo alcuni, il principio, che il chiamato per poter succedere debba esistere almeno come nascituro all'epoca della morte del *de cuius* sarebbe stato abolito colla Nov. 118; ma quest'opinione è erronea (ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 471). Anche pel Cod. civ. ital. sono incapaci di succedere coloro che al tempo dell'apertura della successione non sono ancora concepiti (art. 724), salva l'eccezione stabilita all'art. 764.

[5] Const. 4, 5 e 19, *de her.*, I, 5; Const. 3 e 4, *de apost.*, I, 7.

[6] ULPIANUS, fr. 6, § 2, *de her. inst.*, XXVIII, 5.

3° **I condannati ad una pena capitale** [1].

4° I figli dei condannati per alto tradimento [2].

5° La vedova che si rimarita entro l'anno del lutto non può acquistare nulla per testamento, e *ab intestato* non può ereditare dai suoi parenti che sino al terzo grado soltanto [3].

6° Quanto alle persone giuridiche, il diritto romano concesse la capacità di succedere al fisco, alle comunità, alle chiese ed alle fondazioni pie, non alle altre corporazioni, salvochè non l'avessero ottenuto per privilegio speciale [4].

Da non confondersi colla incapacità di succedere è quella di ricevere per testamento *(incapacitas)* e l'indegnità.

§ 181.

« Hereditas » e « bonorum possessio » [5].

Nozione. — Il diritto di successione, quale ci si presenta nella legislazione giustinianea e di cui abbiamo abbozzato i caratteri generali, proviene anch'esso come tanti altri istituti giuridici romani dalla fusione dello stretto diritto civile e del diritto pretorio; epperò è mestieri si risalga agli istituti che lo precedettero.

Il sistema di successione dell'antico diritto civile dicevasi *hereditas*, quello introdotto più tardi, mercè l'azione del pretore, ***bonorum possessio***.

---

[1] Marcianus, fr. 3 pr. e § 1. *de his quae pro non script.*, XXXIV. 8; Africanus, fr. 13, *de bon. poss.*, XXXVII. 1; Const. 1. *de her. inst.*, VI. 24.

[2] Const. 5, *ad leg. Iul. mat.*, IX, 8.

[3] Const. 1 e 2, *de sec. nupt.*, V, 9; Nov. 12, cap. 23.

[4] Arndts-Serafini, *Pandette*, vol. I, § 46, e vol. II, § 471. Cod. civ. ital., art. 2.

[5] Glück-Leist. *Pandette*, libri 37 e 38; Leist, *Die Bon. poss.: ihre geschichtl. Entwickelung*, Göttingen 1844-1848; Flach. *La bon. poss., sous les empereurs rom. depuis le commencement du II siècle jusqu'à Justinien exclusivement*, Paris 1870; Longo C., *Bonorum possessio*, in Enciel. giur. it., vol. 2°, part. 1ª, p. 1206-1263, Milano 1910, 1911.

L' antico diritto civile era rigoroso, esclusivo e talvolta contrario all' equità, lo che appariva specialmente nella successione legittima: perchè le disposizioni delle XII Tavole in questa materia, fondate unicamente sulla organizzazione giuridica della famiglia romana, riuscivano molto di frequente a grandi ingiustizie. Così, ad esempio, le XII Tavole chiamavano a succedere prima gli *heredes sui,* vale a dire quelli ancor soggetti alla patria potestà del defunto, poi gli agnati ed infine i gentili: per la qual cosa i figli erano esclusi dall' eredità della loro madre (se questa non era nella *manus* del padre) e viceversa; ed i figli emancipati anche da quella del padre loro, solo perchè non appartenevano alla famiglia agnatizia del defunto [1]. Col progredire della civiltà e col mutar dei costumi si fece sentire il bisogno di una riforma, e la si ottenne infatti mediante l'istituto della *bonorum possessio.*

SVILUPPO STORICO DELLA « BONORUM POSSESSIO ». — Come tutte le riforme pretorie in genere, così anche la *bonorum possessio* ebbe il triplice scopo di dichiarare, supplire e correggere il diritto civile. Dapprima (secondo l' opinione tuttavia dominante) il pretore intese semplicemente manifestare in qual modo egli avrebbe regolato il possesso qualora vi fossero stati più pretendenti alla eredità. Perchè, come nelle controversie circa la proprietà era mestieri conoscere anzitutto chi dovesse essere il possessore durante la lite, e quindi sostenere come tale la parte comoda di convenuto, e chi invece avesse a sopportare quella più gravosa di attore, così anche nel giudizio di petizione d' eredità era pure necessario stabilire chi avrebbe posseduto l' eredità durante la lite. Il pretore accordava questo possesso a chi avesse presentato un testamento valido nella sua forma esterna *(tabulae septem signis signatae)* e, in mancanza, a chi era chiamato a succedere per legge civile *(heredes legi-*

---

[1] Altra notevole *iniquitas* dell' antico diritto ereditario era che si chiamavano i *proximi* delle singole classi *(proximus adgnatus familiam habeto).* Se il prossimo rinunciava, non venivano già chiamati altri della stessa classe, ma l' eredità si deferiva alla classe successiva. A ciò rimediò il pretore col *successorium edictum* (ULPIANUS, fr. 1, § 10, *unde cognati,* XXXVIII, 8).

timi); e di qui veniva che chiunque avesse conseguito per tale via il possesso dei beni, potesse valersi quale rappresentante interinale del defunto dell' *interdictum quorum bonorum* e delle *actiones ficticiae,* rimettendo al giudizio di petizione dell'eredità il decidere quale dei due litiganti fosse il vero erede. Poteva darsi che tale decisione combinasse con quella presa provvisoriamente dal pretore, vale a dire che fosse riconosciuto erede il possessore interinale, ma poteva avvenire del pari che questi avesse a soccombere nella lite dinanzi all' altro, che stante la disposizione del pretore era stato costretto a fungere da attore nella *petitio hereditatis,* e così è chiaro come la *bonorum possessio* nella sua prima origine *(bonorum possessio secundum tabulas et unde legitimi)* si riducesse in fin dei conti ad una mera concessione del possesso interinale dei beni ereditari. Solo in un caso la *bonorum possessio* poteva procacciare nel fatto i vantaggi dell' eredità a chi non fosse stato erede per diritto civile, quando cioè l' avversario non continuava il giudizio di petizione dell' eredità e lasciava compiersi la *usucapio pro herede.*

Col tempo la *bonorum possessio* costituì un vero diritto ereditario, perchè mancando eredi civili *(legitimi* e *agnati)* il pretore chiamava a succedere i parenti prossimi, e, quando non esistessero neppur questi, il coniuge superstite *(bonorum possessio unde cognati et unde vir et uxor).* Queste persone non erano più semplici possessori interinali dei beni ereditari, ma ne venivano considerati veri successori universali secondo il diritto pretorio, appunto perchè non v' erano eredi civili che potessero contrastare loro la eredità. Per tal modo, mentre la *bonorum possessio secundum tabulas et unde legitimi* era stata introdotta in aiuto del diritto civile *(iuris civilis adiuvandi gratia),* questa *unde cognati et unde vir et uxor* valse a supplire il diritto stesso *(iuris civilis supplendi gratia).*

Da ultimo, nell' epoca imperiale, fattasi più sentita la rigidezza del diritto civile, l' istituto pretorio della *bonorum possessio* procedette nel suo cammino ed accolse principii apertamente contrari a quelli del diritto civile. Il pretore stabilì due nuove specie di *bonorum possessio,* l'una a favore di quelli ingiustamente esclusi dall' eredità per testamento *(bonorum pos-*

sessio contra tabulas) e l'altra a favore dei figli emancipati, che il diritto civile, contro ogni principio d'equità, aveva esclusi dal succedere preferendo loro persone unite al defunto dai vincoli civili dell'agnazione *(bonorum possessio unde liberi)*. Così il pretore, concedendo il possesso dei beni a persone escluse dal diritto civile tuttochè esistessero eredi legittimi, modificò profondamente il sistema dell'*ius civile (iuris civilis corrigendi gratia)*: e, riassumendo, vediamo come la *bonorum possessio*, trovata dapprima per aiutare il diritto civile, passò poi a colmarne le lacune, per giungere da ultimo a correggerne completamente il rigore eccessivo. In seguito anche la *bonorum possessio secundum tabulas* subì modificazioni importanti; ma di esse diremo in luogo più opportuno.

DIFFERENZE FRA L'« HEREDITAS » E LA « BONORUM POSSESSIO ». — Dalle cose dette fin quì è facile dedurre quali differenze intercedano fra i due sistemi di successione che precedettero quello accolto da Giustiniano. Essi infatti differivano:

1° Quanto alle persone chiamate a succedere.

2° Quanto alla maniera d'acquisto.

3° Quanto all'efficacia dell'acquisto stesso.

1° *Quanto alle persone.* — La legge civile fondava tutto il suo sistema di successione intestata sulla parentela civile, sulla agnazione, sì che giusta le sue norme, solo gli agnati raccoglievano la successione legittima (mancando essi, l'eredità si devolveva alla *gens*, cui il defunto aveva appartenuto); il pretore invece chiamò anche i cognati ossia quelli stretti al defunto da vincoli di sangue. Quanto alla successione testamentaria, il diritto civile richiedeva forme più solenni che non fossero quelle volute poi dal diritto pretorio.

2° *Quanto al modo d'acquisto.* — La *bonorum possessio* non si acquistava mai di pieno diritto, ma doveva essere domandata al magistrato entro un breve lasso di tempo *(tempus utile)*; l'*hereditas* invece si acquistava talvolta di pien diritto e sempre bastava una semplice dichiarazione di volontà non soggetta ad alcun termine. Questa è, si può dire, l'unica differenza che si è conservata in diritto nuovo.

3° *Quanto agli effetti.* L'erede civile aveva la proprietà quiritaria o in generale un diritto *ex iure Quiritium* sui beni ereditari, il *bonorum possessor* soltanto la *bonitario*, o in genere un diritto *tuitione praetoris*; quegli acquistava i crediti del defunto direttamente, questi invece solo indirettamente mediante *actiones ficticiae* (la *fictio* era naturalmente « *si A. A. heres esset* »). Sotto un certo aspetto però la *bonorum possessio* poteva avere efficacia maggiore della *hereditas*, inquantochè il *bonorum possessor* aveva l'interdetto *quorum bonorum* con cui otteneva immediatamente il possesso effettivo degli oggetti ereditari, mentre l'erede civile non lo aveva tranne che avesse chiesta ed ottenuta la *bonorum possessio*, appunto per essere immesso nel possesso dei beni ereditari [1].

Collisione fra l'« hereditas » e la « bonorum possessio ». Fino a che la *bonorum possessio* si limitò ad aiutare ed a supplire il diritto civile, non poteva darsi collisione fra essa e l'*hereditas*; ma ridotta in processo di tempo a correggere il rigore eccessivo del gius civile, è naturale si verificassero casi nei quali la contraddizione fosse aperta. Perciò se ad erede civile era chiamata la persona stessa favorita dal diritto pretorio, nessuna difficoltà: essa, oltre all'adire l'*hereditas*, poteva chiedere ad un tempo la *bonorum possessio*, e così valersi non solo di tutte le azioni civili assicurategli da quella, ma eziandio dell'interdetto *quorum bonorum* concessogli da questa [2]. Ma se il diritto civile chiamava una persona diversa da quella designata dal diritto pretorio, ne veniva che, non potendo ambedue conseguire i vantaggi materiali ereditari, l'una o l'altra dovesse

---

[1] Inoltre al *bonorum possessor* competeva l'interdetto quod legatorum, per richiedere le cose anzi tempo occupate dai legatari. Nelle *Pandette* tale principio è obliterato per le interpolazioni; ma cfr. *Vat. Fragm.*, 90, e Lenel, *Edictum perpetuum*, pag. 362 e seg.

[2] Se l'erede civile, che poteva essere anche *bonorum possessor*, non giovandosi di questa sua qualità, adisce l'eredità e non chiede la *bonorum possessio*, il pretore chiama il *bonorum possessor* susseguente; ma costui non può conseguire il possesso della sostanza ereditaria perchè ha di fronte l'*heres* fornito di un diritto migliore anche secondo il sistema pretorio; rimaneva adunque a quello una *bonorum possessio sine re*. Cfr. Gai., III, 37.

cedere: ma perchè tutte e due ritenevano sempre la loro qualità per i vantaggi eventuali che ne potessero derivare, così s'aveva l'anomalia apparente di un *heres sine re* e di un *bonorum possessor cum re*, e rispettivamente di un *heres cum re*, e di un *bonorum possessor sine re*. Ecco come andava la cosa; quando l'erede civile era costretto da una ragione qualunque a cedere rimpetto al *bonorum possessor*, esso aveva nome di *heres sine re* e l'altro di *bonorum possessor cum re*; quando invece succedeva l'inverso, allora si aveva il *bonorum possessor sine re* e di contro l'*heres cum re*.

L'hereditas sine re e la *bonorum possessio sine re* non concedevano diritti illusori, come a prima giunta parrebbe; chè se l'erede civile *sine re* non poteva vincerla sul *bonorum possessor cum re*, aveva però la *hereditatis petitio* contro ogni altro che si trovasse in possesso dei beni ereditari, e così il *bonorum possessor sine re* aveva l'interdetto *quorum bonorum* contro chiunque non fosse stato erede civile.

La difficoltà nasceva nel conflitto fra l'erede civile e il *bonorum possessor*, quando l'uno voleva agire contro l'altro. Nascendo tale conflitto, valeva la regola che era preferito colui che nell'editto pretorio occupava la classe superiore [1]. Se adun-

---

[1] Lo schema del titolo *de bonorum possessionibus* nell'editto pretorio era il seguente:

I. SI TABULAE TESTAMENTI EXTABUNT:

a) *De bonorum possessione contra tabulas* (in favore dei figli preteriti nel testamento, *de legatis praestandis, de collatione bonorum, de collatione dotis, de coniungendis cum emancipato liberis eius, de ventre in possessionem mittendo, edictum Carbonianum*).

b) *De bonorum possessione secundum tabulas* (*si tabulae testamenti non minus quam septem testium signis signatae extabunt*).

II. SI TABULAE TESTAMENTI NULLAE EXTABUNT (*unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde familia patroni, unde patronus patroni, unde vir et uxor, unde cognati manumissoris*).

Adunque l'editto pretorio stabilì un ordine completo di successione, in cui era ir apposito luogo deferita la *bonorum possessio* anche agli eredi civili.

La *bonorum possessio* era deferita (per tacere qui delle *bonorum possessiones* relative alla sostanza di un liberto) nell'ordine seguente:

que il *bonorum possessor* occupava nell' editto un posto superiore a quello assegnato all' erede civile, il *bonorum possessor* era preferito all' *heres* [1]. Così, per esempio, il figlio che aveva ottenuto la *bonorum possessio contra tabulas* era preferito all' erede civile testamentario; l' erede che aveva ottenuto la *bonorum possessio secundum tabulas* era preferito all' erede civile intestato, e finalmente il figlio che aveva ottenuto la *bonorum possessio intestati* era preferito agli agnati e ai cognati. Se invece l' erede civile occupava nell' editto un posto superiore era *heres cum re* e il *bonorum possessor* era *sine re*.

DELLA « BONORUM POSSESSIO » NEL DIRITTO GIUSTINIANO. — Giustiniano fuse i due istituti della successione civile e di quella pretoria, ma non in modo completo. Nel diritto giustinianeo la eredità civile è il sistema prevalente, e nondimeno v'hanno casi in cui la *bonorum possessio* entra in via suppletoria, come vedremo a suo luogo.

---

a) In primo luogo veniva la *bonorum possessio contra tabulas* in favore dei figli preteriti nel testamento.

b) In mancanza di figli preteriti, la *bonorum possessio* era deferita *secundum tabulas*, cioè secondo il testamento che fosse valido almeno per diritto pretorio.

c) In mancanza di testamento la *bonorum possessio* si deferiva *ab intestato* nell' ordine seguente: 1° ai figli legittimi del defunto; 2° a quelli che erano chiamati dal diritto civile, cioè agli agnati; 3° ai cognati; 4° al coniuge superstite.

[1] Per conseguenza il *bonorum possessor* poteva intentar le azioni accordategli dall' editto contro l' erede civile come contro qualunque terzo; qualora l' erede civile lo avesse convenuto colla *hereditas petitio* egli poteva respingerla coll' *exceptio doli*, o, meglio, il pretore denegava addirittura l' azione.

CAPO II.

Della successione testamentaria.

§ 182.

Del testamento in generale.

Il giureconsulto Modestino definisce il testamento: « *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* » [2], ma questa definizione è difettosa, in quanto che, identificando il testamento con qualunque dichiarazione di ultima volontà, non esprime il vero carattere (pel quale il testamento si distingue dai codicilli) che è appunto l'istituzione di un erede [3]. Perciò noi definiremo il testamento: quella solenne dichiarazione di ultima volontà, con la quale si istituisce un erede.

Il testamento esige come condizione essenziale l'istituzione di un erede diretto, cioè la designazione di una persona chiamata senza intermediario a rappresentare il defunto nell'insieme dei suoi diritti e delle sue obbligazioni [4].

---

[1] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, III, § 483; BONFANTE, in Filangieri 1905, e in *Rivista di St. antica*, 1910, p. 102; ARANGIO-RUIZ, in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, 1906.

[2] Fr. 1, *qui test.*, XXVIII, 1. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 483.

[3] PAULUS, fr. 20, *de iure codicill.*, XXIX, 7: *Iulianus ait, tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sint.* Cfr. Const. 14, *de test.*, VI, 23.

[4] § 34, Inst., *de leg.*, II, 20: *Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput et fundamentum intelligitur testamenti heredis institutio.* - ULPIAN., XXIV, 15: *Vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.* - MODESTINUS, fr. 1, § 3, *de vulg.*, XXVIII, 6: *nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.* GAI., II, 29. Tale requisito non è richiesto dal Cod. civ., articoli 759 e 827.

Oltre all' istituzione d' erede il testamento può contenere altre disposizioni, come legati, fidecommessi, manomissioni, nomina di tutori e simili, che possono farsi anche per codicillo, e non costituiscono mai l' essenza del testamento.

Alla validità di questo si richiede il concorso delle seguenti condizioni:

1° La capacità del testatore;

2° L' osservanza delle forme prescritte;

3° L' istituzione di un erede. Talvolta poi è necessario che il testatore prenda in considerazione certe persone fra i prossimi parenti.

§ 183.

Capacità di testare.

La capacità di testare si chiama *testamenti factio*, ma i Romani chiamano così anche la capacità di essere istituiti eredi: di qui la distinzione che fanno i moderni fra testamentifazione *attiva* e *passiva*.

Qui ci occuperemo soltanto della testamentifazione attiva.

Il primo elemento della capacità di testare è il *commercium* [1]: la capacità di testare era quindi ricusata agli schiavi [2] e ai peregrini [3]. In alcuni casi la facoltà di testare era negata a

---

[1] Vedi il vol. I, § 6. La *testamenti factio* non è in realtà che il *commercium mortis causa*. Gai., II, 113-114; III, 72-75; Ulpian., XX, 10-14; Paul., III, 4.

[2] Gaius, fr. 8, pr. e § 1; Ulpianus, fr. 11, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1. Nondimeno *i servi publici* (schiavi del popolo romano) potevano testare per la metà del peculio (Ulpian., XX, 16). — Circa i prigionieri di guerra vedi il vol. I, § 5.

[3] Gai., I, 22; Ulpian., XX, 14; Gaius, fr. 8, §§ 1-3, *qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1. — Nel diritto antico erano incapaci anche i Latini Juniani e i deditizii (vedi il vol. I, §§ 5-6 e le rispettive note). I peregrini potevano bensì testare secondo il loro diritto nazionale (Ulpian., XX, 14), ma siffatte disposizioni non avevano alcuna importanza dal punto di vista del diritto romano. I cittadini che si trovavano in missione all' estero vi pote-

titolo di pena [1]. A questo elemento subbiettivo della capacità di testare si aggiunge un elemento obbiettivo. Siccome non si può disporre senza patrimonio, ne viene che non possono testare le persone soggette alla potestà altrui, prive di patrimonio [2]. Riguardo al peculio castrense e quasi castrense i figli di famiglia sono considerati come *patres familias* e quindi possono disporne per testamento [3].

La testamentifazione manca inoltre a quelle persone che sono in generale incapaci di agire. Tali sono gli impuberi [4], i dementi ed i furiosi (tranne che nei lucidi intervalli) [5], i prodighi cui è stata interdetta l'amministrazione dei beni [6], i sordo-muti dalla nascita [7], e finalmente tutti quelli che sono nell'impossibilità materiale di manifestare la propria volontà [8].

---

vano testare validamente nelle forme romane; ma quelli che avevano perduto la cittadinanza (come gli esuli e i deportati) erano naturalmente privi della capacità di testare (GAIUS, fr. 8, §§ 1 e 3, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1; ULPIANUS, fr. 1, § 4, *de legatis*, III [32], ed a più forte ragione quelli che avevano perduta la libertà.

[1] Tali erano gli autori di libelli famosi, gli apostati e certe categorie di eretici. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 484; VANGEROW, *Pand.*, II, § 428, e WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 539.

[2] ULPIAN., XX, 10: *Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut de eo testare possit.*

[3] Vedi più sotto § 195.

[4] § 1, Inst., *quib. non est permiss.*, II, 12. — ULPIANUS, fr. 5, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1: ULPIANUS, fr. 1, § 1, *de tut. auct.*, XXVII, 3. Pel Codice civ. ital. (art. 763) sono incapaci di testare coloro che non hanno compiuto l'età di diciotto anni.

[5] ULPIANUS, XX, 13; PAULUS, III, 4, 1, 11. — § 1, Inst., *quib. non est permiss.*, II, 12; POMPONIUS, fr. 16, *qui test.*, XXVIII, 1; Const. 9, *qui test. fac. poss.*, VI, 22. — Codice civile, articolo 763, n. 3.

[6] ULPIANUS, X, 13. — § 2, Inst., *quib. non est permiss.*, II, 12. Fr. 18, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1. — Vedi § 102 ed il volume I, § 9.

[7] Nel diritto antico i sordi ed i muti non erano colpiti d'incapacità assoluta (ULPIAN., XX, 13), ma nel diritto nuovo i sordi possono testare purchè dichiarino la loro volontà o a voce o in iscritto, ed i muti possono testare purchè sappiano scrivere (Const. 10, *qui test.*, VI, 22).

[8] Const. 29, *de test.*, VI, 24: *Si talis est testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest mortuo similis est.* Cod. civ., art. 763. Nel diritto antico

Per determinare l' epoca nella quale il testatore deve essere capace, bisogna distinguere fra la capacità di diritto e la capacità di agire. La prima deve esistere non solo all' epoca della fazione del testamento, ma ancora a quella della morte, dappoichè non è che a quest' ultimo istante che il testamento diventa immutabile [1]; la seconda invece non è richiesta che al momento della fazione del testamento. Se adunque il testatore viene interdetto o diventa pazzo, il testamento fatto anteriormente rimane valide [2].

§ 184.

Forme dei testamenti nel diritto antico [3].

Le più antiche forme di testare erano: *calatis comitiis, in procinctu, per aes et libram* [4].

---

non potevano testare le donne, perchè i testamenti si facevano *calatis comitiis* o in *procinctu* (vedi il paragrafo seguente). In seguito, quando il testamento divenne un puro atto civile, sotto forma di una semplice *mancipatio per aes et libram* (vedi il paragrafo seguente), le donne furono ammesse a testare coll' autorizzazione del loro tutore; e siccome il tutore agnatizio per ragioni particolari e non ardue a intendersi non doveva essere propenso a interporre la sua autorità a questo negozio, esse ottenevano tale scopo mediante una *coemtio*, susseguita da *manumissio* (vedi il § 177). In seguito a questa operazione il *coemptionator* diveniva il tutore fiduciario della donna e poteva colla sua *auctoritas* validare il testamento (Gai., I, 192; II, 112-122; III, 43; Ulpian., XX, 15; XXIX, 3). Col tempo, sotto Adriano, l' interposizione di tale *auctoritas* divenne una pura formalità (Gai., I, 190-192; II, 121, 122; III, 43).

[1] Così, per esempio, se il testatore perdeva la libertà o la cittadinanza, il suo testamento diventava invalido. Questo rigore fu mitigato in favore dei cittadini romani che morivano prigionieri di guerra: fr. 12, *qui test.*, XXVIII, 1.

[2] §§ 2-4, Inst., *quib. non est perm.*, II, 12; Gaius, fr. 6, § 1; Ulpianus, fr. 18 e 20, § 4; Modestinus, fr. 19, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1. Codice civ., art. 362 e 763.

[3] Hölder, *Beiträge z. Geschichte d. röm. Erbrechtes*, Erlangen 1881; Greiff, *De l' origine du testament romain*, Paris 1888.

[4] Gai., II, § 101; Ulpian., XX, 2; Gell., XV, 27: *Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus, unum quod calatis comitiis in populi concione*

Testamentum calatis comitiis. — Il testatore dichiarava la sua volontà innanzi al popolo convocato nei comizi due volte ogni anno. Secondo Teofilo (II, 20, pr.) il popolo non faceva che assistere quale testimonio alla esposizione del testamento. Secondo l'opinione oggi prevalente, il popolo avrebbe invece votato sulla ammissione o no del testamento, il quale sarebbe quindi stato una vera legge [1]. Accettando tale ipotesi, non si può però ammettere che il testatore dichiarasse in persona il suo testamento nei comizi, non potendo, giusta il diritto pubblico romano, un privato farsi latore di una legge [2].

Testamentum in procinctu. — Il testatore dichiarava la sua ultima volontà innanzi all'esercito schierato in ordine di battaglia armato e pronto a combattere. Non è, come alcuni credono, che l'esercito equivalesse in tal caso ai comizi, poichè l'ordinamento tattico dell'esercito romano non permetteva che tutti intendessero la dichiarazione del testatore; questa anzi non era rivolta che ai vicini commilitoni [3].

Testamentum per aes et libram. — L'antica *familiae mancipatio* era un negozio tra vivi, con cui il *paterfamilias* mancipava, colle solite forme, il patrimonio all'erede *(familiae emptor)*. Non essendo questo un vero testamento, non si prestava a ordinare legati e soltanto potevansi ordinare fidecommessi, vale a dire disposizioni affidate alla pura lealtà dell'erede [4]. Solo più tardi fu riconosciuto questo modo di testare;

---

fieret, alterum in procincta cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae mancipationem.

[1] Vedi MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, vol. III, pag. 319 e seg.; FADDA, *Studii giuridici e storici per l'ottavo centenario dell'Università di Bologna*, pag. 167 e seg., e ENRICO SERAFINI, *Diritto pubblico romano*, I, 60. Cfr. anche LAMBERT, *Études de droit commun législatif*, I, 1903, pag. 400 e seg.; APPLETON, *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'histoire de l'authenticité des XII tables*, Paris 1903.

[2] Vedi FERRINI, nel *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, I, 111.

[3] FERRINI, loc. cit.; VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, 225; ZOCCO-ROSA, nell'*Annuario dell'Ist. di storia del dir. rom. di Catania*, VIII, 153 e seg.; LAMBERT e APPLETON, *op. cit.*

[4] GAI., II, 103: *Olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet.*

al negozio si permisero le parole della *nuncupatio*, già in uso, a quanto pare, nel testamento comiziale, e l'erede si distinse dalla persona del *familiae emptor*. Più tardi la *mancipatio familiae* fu ridotta ad una mera formalità, e il nome dell'erede figurava nelle tavole testamentarie. Il testatore cioè dichiarava al *familiae emptor*, in presenza dei testimoni e del libripende, ch'egli disponeva de' suoi beni secondo il tenore delle tavole che gli presentava. Questa dichiarazione chiamavasi *nuncupatio testamenti* [1]. Il testamento *per aes et libram* nella sua ultima forma si componeva adunque di due parti, cioè di una vendita solenne e fittizia (*imaginaria familiae mancipatio*) e della dichiarazione generica di testare in modo conforme alle tavole presentate (*nuncupatio testamenti*) [2]. Accanto al testamento scritto, che per i vantaggi speciali che offriva (cioè la certezza, la stabilità e il segreto delle disposizioni) era la forma preferita, continuò a sussistere il testamento *per aes et libram* orale o noncupativo, il quale differiva dal primo in ciò che il contenuto del testamento, anzichè trovarsi nelle *tabulae*, era riferito dal testatore a voce mediante la *noncupatio*.

Testamento pretorio. — Accanto al testamento *per aes et libram* il pretore ne riconobbe indirettamente uno con forme più semplici. Egli concedeva la *bonorum possessio secundum tabulas* e dapprima il semplice possesso dell'eredità, a chi fosse stato istituito erede in un testamento redatto alla presenza di sette testimoni, dei quali portasse i sigilli. I sette testimoni del diritto pretorio ricordavano probabilmente i cinque testimoni del diritto civile, più il *libripens* ed il *familiae emptor*.

---

[1] Ulpian., XX, § 9: *In testamento quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum: tabulas testamenti testator tenens ita dicit:* HAEC UT IN HIS TABULIS CERISVE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE. *Quae nuncupatio et testatio vocatur.*

[2] Un bellissimo esemplare di testamento *per aes et libram* è quello del veterano Gaius Longinus Castor, conservatoci in un papiro d'Egitto (*Berliner Griechische Urkunden*, I, n. 326). Cfr., fra le diverse analisi del documento, quella dello Scialoja, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, VII, pag. 3 e seg.

Una tale *bonorum possessio* era tuttavia in origine *sine re*, ossia il testamento pretorio non poteva avere efficacia che in mancanza di ogni erede istituito in un testamento valido *iure civili* o intestato; almeno se il testamento riconosciuto dal pretore aveva (secondo il *ius civile*) certi vizi (omessa formalità della *mancipatio* o della *nuncupatio*). Poi per un rescritto di Antonino Pio l'istituito in un testamento valido *iure praetorio* fu protetto contro gli eredi civili *ab intestato* [1]. Da questo momento era vittorioso di fronte agli eredi *ab intestato*, soccombente di fronte agli eredi civili testamentari. Sussistevano cioè da questo momento quasi due tipi paralleli, ma con dissimile efficacia, il testamento civile e il pretorio. In appresso le costituzioni imperiali fusero queste due forme e ne composero una nuova, fornita di modalità provenienti da tre fonti diverse, quali erano appunto il diritto civile, il diritto pretorio e le costituzioni imperiali. Il periodo di transizione non è ben chiaro. Certo la fusione non avvenne, come si ritiene da molti, in virtù della costituzione di Teodosio II, [2] la quale non fece che stabilire la validità del testamento pretorio segreto ed aggiungervi alcune modalità. Ma quella costituzione di Teodosio II passò nel diritto giustinianeo ed ivi è diventata la legge fondamentale che regola il testamento ordinario giustinianeo, di cui ora parleremo.

§ 185.

Forme dei testamenti nel diritto giustinianeo.

TESTAMENTI PUBBLICI. — Il testamento pubblico può farsi o per iscritto o a voce: per iscritto, consegnandolo al principe perchè venga depositato negli archivi imperiali, [3] a voce, fa-

---

[1] GAI., II, 119, 120: *Rescripto imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

[2] Tit. XVI, c. 2. Vedi MAYNZ, *Droit romain*, II, 241.

[3] Const. 19, *de test. ord.*, VI, 23. Cfr. Nov., XXI, 1, § 1.

cendo una dichiarazione davanti al magistrato, che la redige a protocollo [1].

TESTAMENTI PRIVATI. - Anche i testamenti privati possono essere scritti o verbali; ma, comunque fatti, debbono essere forniti dei requisiti seguenti:

1° Essi debbono essere fatti avanti sette testimoni [2] idonei [3] invitati a bella posta, o per lo meno avvertiti dell'atto cui debbono assistere [4]. Inidonei sono tutti coloro che non hanno la capacità di testare e di più le donne, i muti e i sordi [5]. Si intende di per sè che non possono essere annoverati fra i testimoni nè il testatore, nè l'erede, nè quelli, infine, che formano parte della loro famiglia civile. Sono invece testimoni idonei i tutori scritti nel testamento, i legatari ed i fidecommissari, come pure chi ha redatto in iscritto il testamento [6].

2° Il testamento deve avere unità di contesto, ossia tutto l'atto deve essere compiuto senza interruzione grave, alla presenza dei sette testimoni già detti, i quali debbono assistere insieme liberamente a tutto l'atto in modo da poter vedere il testatore. Queste due condizioni sono comuni ai testamenti scritti ed agli orali, ma ve ne hanno altre proprie all'uno o all'altra forma, per la differenza appunto che corre fra un atto scritto ed uno semplicemente orale. Così trattandosi di testamento nuncupativo è necessario che il testatore manifesti la sua

---

[1] Const. 18, *de test. ord.*, VI, 23. Cfr. NOV., XXI, 1, § 2.

[2] §§ 1-3, *Inst.*, II, 10; ULPIANUS, fr. 21, § 2, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1.

[3] § 6, *Inst.*, II, 10; ULPIANUS, fr. 10, § 10, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1.

[4] §§ 1-3, Inst., *de test. ord.*, II, 10; ULPIANUS, fr. 21, § 2, *qui test.*, XXVIII, 1.

[5] ULPIANUS, fr. 20, § 4 e seg., e ULPIANUS, fr. 18, e GAIUS, fr. 26, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1; § 6, Inst., *de test. ord.*, II, 10. È incerto se anche i ciechi.

[6] ULPIANUS, fr. 20, pr. *qui test fac. poss.*, XXVIII, 1; § 10. Inst., *de test. ord.*, II, 10. Pel Codice civ. ital. (art. 788) i testimoni nei testamenti devono essere maschi, maggiori d'anni ventuno, cittadini del Regno, o stranieri in esso residenti, e non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili. Non sono testimoni idonei i praticanti o gli

volontà ai testimoni in modo chiaro ed intelligibile [1]. Pel testamento scritto, invece, si richiede o che il testatore, dopo averlo scritto, di proprio pugno (olografo), lo faccia riconoscere come suo e sottoscrivere dai sette testimoni, ciascuno dei quali opponga un suggello accanto alla propria firma; oppure, se è scritto da altri, il testatore deve sottoscriverlo avanti ai sette testimoni, i quali pure v'aggiungono firma *(subscriptio)* e suggello *(signatio)*. Se il testatore non può o non sa scrivere e vuol lasciare un testamento scritto, s'aggiunge in sua vece un ottavo testimonio, che sottoscriva per lui [2].

§ 186.

Forme straordinarie dei testamenti.

V'hanno casi nei quali non è possibile osservare tutte le formalità di che siamo venuti discorrendo, ed in essi la legge si mostra meno rigorosa, riconoscendo valido il testamento, comechè non compiuto con le solennità richieste nei casi ordinari. Questo

---

amanuensi del notaio che ha ricevuto il testamento. — Per la legge 9 dicembre 1877, anche le donne possono intervenire come testimoni idonei negli atti pubblici e privati.

[1] Const. 21. § 2, e Const. 26. *de testam.*, VI, 23; ULPIANUS, fr. 20. § 9, e fr. 21, pr. *qui test. fac. poss.*, XXVIII. A provare che ciò sia avvenuto, i testimoni possono prendere delle annotazioni scritte: possono fare un processo verbale, ed allora si ha un *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*, il quale non è altro che un mezzo di prova più sicuro.

[2] Const. 21. § 1, e Const. 28. § 1. *de test.*, VI, 23. — Anche pel testamento di un cieco si richiedono maggiori formalità. Un notaio (*tabularius*) o un ottavo testimone deve ridurre in iscritto alla presenza dei testi la volontà loro manifestata dal testatore in modo piano ed intelligibile, oppure leggere ad essi le disposizioni fatte scrivere prima dal testatore, e dopo che questi le abbia confermate, i testi dovranno sottoscrivere e suggellare il testamento (Const. 8. *qui test. fac. poss.*, VI, 22). Il Codice civile italiano riconosce due forme *ordinarie* di testamento, l'olografo o il testamento per atto di notaio: quest'ultimo può essere pubblico o segreto (art. 774-788). — In tal guisa la legislazione italiana non riconosce più il testamento nuncupativo.

beneficio è accordato o riguardo alla persona del testatore, o riguardo al luogo in cui si testa, o riguardo al contenuto del testamento.

1° *Riguardo alla persona del testatore.* — I militari durante la campagna, ed altre persone ad essi assimilate, possono testare senza adempiere ad alcuna formalità; basta che in una maniera qualsiasi s'abbia certezza della loro volontà. Testamento siffatto cessa d'esser valido immantinente se la necessità, cui ha riguardo, ha fine anch'essa mediante un congedo infamante; dura invece un anno se il congedo non è disonorevole[1].

2° *Riguardo al luogo.*

a) Se il testamento è fatto ove infierisce la peste *(testamentum tempore pestis conditum)* o altro morbo epidemico, non è necessario che i testimoni assistano tutti contemporaneamente all'atto, salve del resto le altre formalità [2].

b) Così pure al testamento fatto nel contado (*testamentum ruri conditum*) bastano cinque testimoni, e se fra questi ve n'ha alcuno illetterato, gli altri sottoscrivono per lui, purchè esso ancora conosca il contenuto e possa affermarlo con giuramento dopo la morte del testatore [3].

---

[1] Ulpianus, fr. 1, pr.: Faciant (*milites*) igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad honorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris. Paulus, fr. 36 pr. e fr. 40. *de test. mil.*, XXIX, 1; Const. 15, *de test. mil.*, VI, 21; Const. 19, *de pact.*, II, 3; pr., §§ 1 e 3, *de mil. test.*, II, 11. — In origine si tratta di un privilegio di classe, cui diede origine la diversa nazionalità dei soldati e la impossibilità in cui si trovavano di adattare la loro coscienza giuridica su quella nazionale romana; onde il privilegio si estende ben oltre le forme testamentarie, fino a costituire un nuovo speciale diritto successorio. Giustiniano, riavvicinando per più guise il testamento comune al militare e questo a quello, limita in sostanza il privilegio alle forme. Cfr. Arangio-Ruiz, *L'origine del « testamentum militis » e la sua posizione nel dir. rom. class.*, nel *Bull. Ist. dir. rom.*, 1906. — Corrisponde in sostanza al *test. militis* del diritto giustinianeo quello del nostro Codice civile, art. 799-803.

[2] Const. 8, *de test.*, VI, 23; Cod. civ., art. 788-790.

[3] Const. 31, *de testam.*, VI, 23. — Il Codice civile non riconosce questa specie di testamento: sancisce invece disposizioni speciali pei testamenti fatti sul mare (art. 791-796).

3° *Riguardo al contenuto.* — Se uno fa testamento a favore dei suoi figli o dei suoi nipoti *(testamentum parentum inter liberos)*, è sufficiente all' uopo un testamento olografo, in cui sia scritto il nome degli eredi proprii, le porzioni ereditarie designate in lettere e la data dell' atto. Con questa sorta di testamento non si può istituire erede un estraneo, e, ove la istituzione sia fatta, la si considera come non avvenuta, e neppure i legati compresi in esso sono validi, se non quando la disposizione che li contempla sia stata manifestata a testimoni in quel numero che si richiede nei casi ordinari [1].

§ 187.

Dell' istituzione dell' erede.

Ogni testamento ad esser tale (fatta eccezione di quelli dei militari) deve contenere la istituzione di un erede [2], capace, non già di acquistare per testamento al momento in cui questo è compiuto [3], ma sì di essere istituito [4].

L' erede istituito deve essere designato in modo non dubbio [5],

---

[1] Const. 21, § 3, *de testam.*, VI, 23; Nov. 107, cap. 1.

[2] MODESTINUS, fr. 1, § 3, *de vulg. subst.*, XXVIII, 6: *Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.*

[3] MODESTINUS, fr. 62 [63], pr. *de her. inst.*, XXVIII, 5: ULPIANUS, fr. 51, e TERENTIUS, fr. 52, *de legatis*, II [31].

[4] Non possono essere istituiti: 1° i peregrini; 2° le persone condannate ad una pena capitale; 3° gli eretici e gli spostati; 4° i figli e le figlie dei colpevoli di alto tradimento; 5° le persone incerte e le persone giuridiche in generale. — Fra le persone incerte erano compresi anche i nascituri (*postumi*). Nel diritto novissimo non possono essere istituiti eredi i non concepiti alla morte del testatore. Fra le persone giuridiche soltanto i municipii e le chiese possono essere istituite eredi, le altre acquistano legati (vedi sopra, § 180). — Il Codice civile ammette l' istituzione dei figli immediati di una determinata persona vivente alla morte del testatore quantunque non ancora concepiti (art. 764).

[5] ULPIANUS, fr. 9, § 9, *de hered. inst.*, XXVIII, 5. Cfr. POLACCO, *Della divisione fatta da ascendenti fra discendenti*, Padova 1885.

sia per nome sia per altre qualità a lui peculiari [1], ed a rigore dovrebbe essere chiamato alla *eredità* o ad una parte ideale di essa (*pars quota*); nondimeno vale la istituzione ancora quando l'erede sia chiamato a succedere nella proprietà di un oggetto o di una somma determinata, ma come se non fosse stata fatta tale indicazione [2].

L'erede può essere istituito puramente o sotto condizione sospensiva [3] non mai per un certo tempo o dopo un tempo determinato [4]. Perciò fra le condizioni stesse alcune non sono permesse, come le risolutive, poichè chi è erede una volta continua ad esser tale per sempre *(semel heres semper heres)*; altre invece si hanno per non apposte, come le impossibili [5] e le

---

[1] Ulpianus, fr. 9, § 8, *de her. inst.*, XXVIII, 5. Il testatore potrebbe anche richiamarsi ad un documento in cui fosse espresso il nome di chi vuole istituire (*institutio mystica*). Papinianus, fr. 77 [18], *de her. inst.*, XXVIII, 6; Paulus, fr. 12, *de bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11. Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, § 493.

[2] Marcianus, fr. 29 [30], *ad Senat. Trebell.*, XXXVI, 1: *Licet in eo (testamento) certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset.* — Sulla *heredis institutio ex re certa* vedi Padelletti, nell'*Archivio giur.*, IV, 139-165, 343-386; Kuntze, *Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlasstücke*, Leipzig 1875; Schuring, *Zur Lehre v. d. Erbeinsetz. ex re certa*, Greifswald 1875. Per la giurisprudenza pratica vedi da ultimo *App. Catania* 31 dic. 1910 (*Foro Cat.*, 1911, 208).

[3] Tit. Dig., *de condit. institution.*, XXVIII, 7. L'istituzione non può farsi dipendere dal mero arbitrio altrui, ma può essere validamente sottoposta alla condizione che un altro faccia qualche cosa che dipenda dalla sua volontà, come per esempio: Tizio sia mio erede se Mevio monterà in Campidoglio. Vedi Filippo Serafini, nell'*Archivio giur.*, IV, 166-185 e negli *Annali della giurispr. ital.*, vol. II, parte III, pag. 95 e seg. (*Opere minori*, I).

[4] § 9, Inst., *de hered inst.*, II, 14; Pomponius, fr. 45, *de hered. inst.*, XXVIII, 5. Si eccettuano i testamenti militari (Alfenus, fr. 41, pr. *de testam. mil.*, XXIX, 1).

[5] Buonamici, *Nata al* § 10, Inst., *de hered. inst.*, II, 14, nel *Bollettino dell'Ist. di dir. rom.*, VIII, 31-35; Scialoja, *Note minime sulle condizioni impossibili nei testamenti*, nel *Bollettino dell'Ist. di diritto romano*, VIII, 36-38; *Sulle condizioni impossibili nei testamenti (Nuove considerazioni)*, nel *Bull.*, XIV, 3 e seg.: § 10, Inst., *de her. inst.*, II, 14; Ulpianus, fr. 1, 6; Paulus, fr. 9,

illecite [1]. Pendente la condizione sospensiva apposta ad un testamento, anche la delazione della eredità è sospesa [2], e se si tratta di condizione potestativa negativa, ad esempio « *si in Capitolium (heres) non adscenderit* », siccome non si potrebbe essere sicuri pel suo adempimento se non dopo la morte di colui cui è imposta, e quindi l' eredità non sarebbe mai trasmessa, la delazione ha luogo sotto una cauzione che, dal nome di chi la trovò, fu detta *cautio Muciana* [3]. La istituzione può esser fatta eziandio *sub modo* ed in tal caso l'erede deve adempiere, per quanto è in lui, all' onere impostogli dal testatore [4].

Il testatore può instituire ancora più eredi diretti e distribuire fra essi a suo piacimento l' eredità. Se egli non assegna parti, s' intende che gli eredi succedano in porzioni eguali, ma anche in tal caso può darsi che ad alcuno tocchi una parte maggiore, come, ad esempio, quando il testatore avesse chiamato gli altri insieme, di fronte a lui nominato in proposizione separata; e il contrario nell' inversa ipotesi [5]. Se il testatore assegna espressamente le parti, può avvenire che queste, sommate assieme non corrispondano all' asse ereditario. Qui possono verificarsi tre diverse ipotesi: 1° Le parti riunite non costituiscono l' asse ereditario: in tal caso, come è naturale, si procede ad un accrescimento proporzionale di ciascuna parte [6]. 2° Le parti

---

14 e MARCIANUS, fr. 15, *de cond. inst.*, XXVIII, 7; ALFENUS, fr. 45, *de her. inst.*, XXVIII, 5.

[1] R. DE RUGGIERO, *Sul trattamento delle condizioni immorali e contra leges nel dir. rom.*, nel *Bull. Ist. dir rom.*, XVI.

[2] L' erede in tal caso poteva ottenere la *bonorum possessio* dando però cauzione di restituire l' eredità a chi di dovere qualora la condizione venisse a mancare (ULPIANUS, fr. 5, pr.; fr. 6; PAULUS, fr. 10 e 12, *de bon. poss.*, XXXVII, 11; ULPIANUS, fr. 12, *qui satied. cog.*, II, 8; PAPINIANUS, fr. 8, *de stip. praet.*, XLVI, 5).

[3] ULPIANUS, fr. 7; GAIUS, fr. 18; PAPINIANUS, fr. 72, § 2; fr. 73, 79 e 101, § 3, *de condit.*, XXXV, 1.

[4] POMPONIUS, fr. 9 pr. e ALFENUS, fr. 27, *cod.*; § 36, Inst., *de legat.*, II, 20.

[5] Ad esempio: TITUS HERES ESTO, MAEVIUS ET CAIUS HEREDES SUNTO. In tal caso Tizio prenderebbe una metà e l' altra andrebbe divisa fra Mevio e Caio.

[6] Supponiamo, per esempio, che il testatore abbia chiamato eredi tre,

sommate sorpassano l'asse ereditario: in tal caso si fa luogo ad una proporzionale diminuzione di ognuna di esse [1]. 3° Il testatore assegna le parti ad alcuni eredi, ad altri no; in tal caso i secondi acquistano ciò che resta dell'asse dopo che sono state detratte le parti assegnate [2]; ma se nulla rimane si suppone divisa l'eredità non in dodici oncie, come comunemente avviene, ma in 24 oncie, *dupondium*, o in 36, *tripondium* e così via dicendo [3].

§ 188.

Delle sostituzioni.

La sostituzione è l'istituzione di un erede in luogo del primo istituito pel caso che per una ragione qualsiasi non voglia o non possa raccogliere l'eredità o non giunga a trasmetterla per testamento. Essa è di tre specie: volgare, pupillare e quasi-pupillare.

Sostituzione volgare [4]. - La sostituzione volgare è l'istitu-

---

assegnando a ciascuno un quadrante ossia tre oncie dell'asse ereditario: tre quadranti formano un *dodrante*, vale a dire $^9/_{12}$ del tutto, eppero a raggiungere l'intiero si distribuiranno fra i tre eredi le tre oncie, che rimangono a raggiungere l'intiero, dando un'oncia per ciascuno. Se invece fossero istituiti due eredi, l'uno per tre oncie, l'altro per sei (*semis*), il primo avrebbe un'oncia delle tre che rimangono, il secondo due.

[1] Ad esempio: *Tizio abbia tre oncie, Caio sei oncie, Mevio abbia pure sei oncie.* Qui, in luogo di dodici oncie, il testatore ha disposto di quindici: perciò, giusta il principio suenunciato, debbonsi detrarre tre oncie, ma in modo che la proporzione fra gli eredi rimanga inalterata: onde Tizio, che aveva conseguito la metà di quel che Mevio e Caio (3:6 = 1:2), avrà *un quinto* in luogo d'*un quarto*, e gli altri *due quinti* per ciascuno in luogo di *due quarti*.

[2] Ad esempio: *Tizio abbia cinque oncie, Caio sei e Sempronio ancora sia erede.* Sempronio avrebbe un'oncia.

[3] Ad esempio: *Tizio abbia sei oncie, Caio sei oncie e Sempronio sia erede.* Diviso l'asse in 24 oncie, Tizio ne ha sei ($^1/_4$), Caio pure sei ($^1/_4$) e Sempronio il resto (cioè $^1/_2$).

[4] FRANCKE, *De origine et natura vulg. et pupill. substitutionis*, Jena 1829.

zione di un secondo erede in luogo del primo mancante [1]. Chi può fare testamento può fare eziandio una sostituzione volgare e può essere sostituito chiunque può essere istituito erede. Il testatore può sostituire al secondo erede un terzo, a questo un quarto e così via; ma il sostituito, qualunque sia il suo grado, non può mai acquistare l'eredità se non quando manchi chi si trova avanti di lui nell'ordine designato dal testatore: e quando ciò avvenga, il sostituito è considerato come sostituito direttamente all'erede primo, ancorchè occupi un grado assai remoto [2].

Sostituzione pupillare [3]. — La sostituzione pupillare è quella disposizione con cui il testatore, dopo aver nominato un erede a se stesso, istituisce un erede diretto al discendente impubere soggetto alla sua patria potestà immediata, nel caso che questi muoia prima di essere giunto alla pubertà e quindi prima che sia in grado di testare. Il padre di famiglia ha questo diritto in virtù della sua potestà patria [4], e siccome la volontà sua si sostituisce a quella del discendente impubere, così l'atto dicesi *sostituzione pupillare*, mentre è vera istituzione, e colui che vien chiamato succede al pupillo e non al testatore. La sostituzione pupillare si può combinare con la volgare: ossia uno stesso individuo può essere istituito erede al pupillo pel caso che muoia impubere, ed essere ancora sostituito volgarmente al pupillo medesimo, che sia istituito erede nelle prime tavole [5]. La sosti-

---

[1] La sostituzione volgare è una istituzione condizionata. L'eredità viene deferita al sostituto solo quando è certo che il primo chiamato non diviene erede. Per conseguenza se il sostituto muore prima, egli non trasmette il suo diritto ai suoi eredi (cfr. Cod. civ. ital., art. 853).

[2] *Substitutus substituto est substitutus instituto.* Anche gli eredi istituiti possono essere l'un l'altro sostituiti e ciò costituisce la così detta *substitutio reciproca* o *mutua.* PAPINIANUS, fr. 64, *de legatis*, II, [31].

[3] COSTA E., *Sopra la natura giuridica della sostit. pupill.*, nel *Bollettino dell' Ist. di dir. rom.*, VI, 245-332.

[4] Percio non l'aveva la madre, nè alcun ascendente materno.

[5] La formola è: TITIUS FILIUS MEUS HERES MIHI ESTO. SI FILIUS MEUS HERES MIHI NON ERIT ET PRIUS MORIATUR, QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT, TUNC SEIUS HERES ESTO (pr. Inst., *de pup. subst.*, II, 16). Il sostituto pupillare di un impubere che sia alla sua volta sostituito da un altro non è

tuzione pupillare si estingue nei casi seguenti: *a)* quando il figlio muore prima del testatore, o, essendo questi in vita, esce dalla sua potestà; *b)* quando per la morte del testatore cade sotto la potestà d'un terzo; *c)* quando raggiunge la pubertà; *d)* quando le prime tavole perdono la loro validità [1].

Sostituzione quasi-pupillare [2]. — Ad esempio della sostituzione pupillare fu introdotta la sostituzione quasi-pupillare (ossia esemplare), cioè quella che un ascendente paterno o materno fa al suo discendente mentecatto o furioso pel caso che questi muoia in istato di pazzia. Lo sostituzione quasi-pupillare differisce dalla pupillare in ciò che essa non si fonda sulla patria potestà [3]. Di più se il demente ha dei figli, il sostituente deve chiamarne all'eredità almeno uno; ed infine il sostituto quasi-pupillare non succede in tutto il patrimonio del demente, ma solo nella parte lasciata a questo dal sostituente [4].

§ 189.

Invalidità dei testamenti.

Un testamento, ancorchè fornito dei requisiti estrinseci che siamo venuti enumerando, può essere inefficace sia per un vizio contemporaneo alla sua redazione, sia per un avvenimento

---

perciò sostituito anche a quest'ultimo (SCAEVOLA, fr. 47. *de vulg. subst.*, XXVIII, 6).

[1] ULPIANUS, fr. 2; POMPONIUS, fr. 14; ULPIANUS, fr. 21; PAULUS, fr. 28, § 1; PAPINIANUS, fr. 41, § 2 e PAULUS, fr. 43, § 1, *de vulg. et pup. sub.*, XXVIII, 6; § 8, Inst., *de pupill. subst.*, II, 16.

[2] HÜFFER, *De subst. quasi-pup.*, Breslau 1853.

[3] Perciò può farsi anche dalla madre od in genere da tutti quelli individui che debbono, secondo il diritto nuovo, al demente la porzione legittima.

[4] Alcuni opinano che il sostituto quasi-pupillare acquisti tutto intero il patrimonio del pazzo. Ma come conciliare questa opinione coi risultati possibili della pratica, nel caso, ad esempio, che più ascendenti facciano contemporaneamente una simile costituzione? Del resto, posto il principio che ciascun ascendente in tanto può sostituire quasi pupillarmente in quanto

verificatosi in appresso. È nullo da principio (*nullum, iniustum*) quando manchi d'uno dei tre requisiti essenziali, quali sono la capacità di testare nel disponente, la forma necessaria (*test. non iure factum*), la istituzione dell'erede. È rescindibile, ma sempre per un vizio esistente al tempo della redazione, quando sia stato fatto per errore o dietro violenza. Invece i testamenti validi in origine possono cessare di esserlo in tre modi: 1° Il testatore subisca una *deminutio capitis;* per diritto civile il testamento diventa *irritum,* ossia invalido, abbenchè il testatore ricuperi lo stato primitivo, ma per diritto pretorio ha luogo la *bonorum possessio secundum tabulas* [1]. 2° Il testatore non abbia eredi: ciò può avvenire o perchè tutti gli eredi istituiti nel testamento vengano a mancare, o perchè non siasi verificata e non possa più verificarsi la condizione sotto cui erano istituiti, o perchè non possono o non vogliono acquistare l'eredità: in tal caso il testamento dicesi *destitutum seu desertum* [2]. 3° Da ultimo il testamento può essere *ruptum;* lo che avviene o per l'agnazione di un postumo, o perchè il testatore muti di volontà e distrugga il testamento, e lo revochi o ne faccia uno nuovo che deroghi al primo [3]. Un caso particolare d'invalidità è quello del testamento inofficioso (§ 196).

---

deve al discendente pazzo una porzione legittima, pare ne derivi che la sostituzione non debba avere effetto al di là di quello che ciascuno concede al suo discendente. — Il Codice italiano riconosce soltanto la sostituzione volgare (art. 805 e seg.).

[1] Questo è uno dei casi in cui la *bonorum possessio* è necessaria anche nel diritto nuovissimo; però la *b. p.* è di regola *sine re* tranne in tre combinazioni: 1° che manchi ogni erede intestato civile; 2° che il *bonorum possessor* sia egli stesso il prossimo erede intestato; 3° che il testatore, dopo aver ricuperato la testamentifazione, abbia dichiarato espressamente di voler conservare quel suo testamento (PAPINIANUS, fr. 11 § 2, *de bon. poss. sec. tab.* XXXVIII, 11; VANGEROW, *Pandekten,* II, § 458; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* § 501 e seg.).

[2] §§ 7, 8, Inst., *de hered. quae ab intest.,* III, 1; § 2, Inst., *quib. mod. test. inf.,* II, 17; PAPINIANUS, fr. 1, *de iniusto, rupto, irr. test.,* XXVIII, 3.

[3] La semplice revoca non ha effetto che quando è fatta davanti tre testimoni o davanti al Tribunale e quando sieno trascorsi dieci anni dalla redazione del testamento.

CAPO III.

Successione intestata o legittima.

§ 190.

Cenni preliminari.

La successione intestata o legittima ha luogo quando non esista testamento alcuno o ve ne abbia uno invalido o il testamento valido rimanga senza effetto. Essa riposa essenzialmente sovra una distinzione di classi fra i successibili: colui che appartiene ad una classe è sempre preferito ai membri delle classi susseguenti qualunque sia il loro grado di parentela, cosicchè un parente di grado vicino può essere escluso da uno di grado più lontano. Così, ad esempio, se taluno muore lasciando la madre ed un nipote *ex filio*, questo parente in secondo grado del defunto è preferito a quella, unita al defunto in primo grado. Quello che decide adunque è la priorità della classe: il grado non ha importanza che fra i membri della medesima classe.

Quando concorrano più parenti alla medesima eredità, la divisione può farsi in tre modi: *in capita, in stirpes, in lineas.*

In capita. — Di regola la divisione si fa per capi, vale a dire, si fanno tante parti eguali quante sono le persone che hanno diritto a succedere: ognuna di queste porzioni dicesi quota virile.

In stirpes. — Talvolta la legge chiama all'eredità i discendenti di un successibile predefunto accordando loro, unitamente, la quota virile, che avrebbe raccolto il loro autore, se non fosse premorto, salvo poi a suddividere fra loro per capi questa porzione comune; e ciò costituisce la divisione per stirpi.

In lineas. - La divisione è per linee quando dell'eredità

si fanno due porzioni in modo che l'una spetti agli ascendenti della linea paterna e l'altra a quelli della linea materna.

Nella successione intestata della legislazione romana si riscontrano cinque diverse sorgenti di diritto, e sono la legge decemvirale, l'editto pretorio, le costituzioni imperiali anteriori a Giustinianeo, le costituzioni di Giustiniano prima delle novelle 118 e 127, e da ultimo le novelle 118 e 127.

§ 191.

Sistema della legge decemvirale.

Il sistema di successione legittima della legge decemvirale era fondato sulla organizzazione della famiglia romana alla quale serviva di base la patria potestà. L'eredità veniva assegnata: 1° agli *heredes sui*; 2° agli *agnati*; 3° ai *gentiles*.

Heredes sui. — Gli *heredes sui* erano quelle persone, che alla morte del padre di famiglia si trovavano immediatamente sotto la sua potestà *(patria potestas* o *manus*) [1], senza alcuna altra persona intermedia, e che perciò nel medesimo tempo divenivano indipendenti *(sui iuris)* [2]. In caso di concorso fra più *heredes sui*, essi succedevano per capi se erano tutti di primo grado, per stirpi se erano di grado più lontano [3].

Agnati. — In mancanza di *heredes sui*, l'eredità si deferiva agli agnati del defunto secondo la prossimità del grado di maniera che il più vicino escludesse il più lontano, e la divisione si faceva per capi [4]. Giusta lo spirito della legge Vo-

---

[1] SI INTESTATUS MORITUR CUI SUUS HERES NEC ESCIT, AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO; SI AGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO (ULPIAN., XXVI, 1).

[2] GAI., III, 2; *Collatio*, XVI, 2, §§ 2-3. Essi si consideravano in vita del *paterfamilias* quasi come comproprietari dei beni paterni; morto il *paterfamilias*, acquistavano la proprietà assoluta su quei beni; perchè non la acquistassero, era necessario che il *paterfamilias* ne li avesse espressamente privati (GAI., II, 156-157). Vedi più avanti § 195.

[3] GAI., III, 8; ULPIAN., XXVI, 2.

[4] GAI. III, 11, 14 e seg. In origine gli *agnati* e i *gentiles* non avrebbero

conia fu stabilito che le donne non venissero ammesse a succedere nella classe degli agnati se non quando fossero sorelle del defunto *(consanguineae)* [1].

Gentiles. — I gentili venivano chiamati in mancanza di agnati. E qui giova osservare che, siccome la legge decemvirale non ammetteva la successione dei gradi, ma delle classi, così se l'agnato più vicino rifiutava l'eredità, questa non era devoluta all'agnato più lontano, sibbene ai gentili [2].

§ 192.

Sistema del diritto pretorio.

Il sistema di successione della legge decemvirale, fondato in modo troppo assoluto ed esclusivo sul concetto dell'agnazione, dava luogo a grandi ingiustizie. Ne risultava, per esempio, che i figli emancipati erano esclusi dall'eredità del loro padre, perfino quando mancavano altri figli soggetti alla patria potestà del medesimo. Il pretore mitigò questa severità, organizzando la *bonorum possessio intestati* e stabilendo quattro classi di successibili, cioè: 1° i discendenti legittimi per via maschile *(liberi)*; 2° gli eredi chiamati dal diritto civile *(heredes legitimi)*; 3° i cognati ossia i parenti del sangue *(cognati)*; e 4° finalmente il coniuge superstite *(vir et uxor)*. Ogni classe formava l'oggetto di un capitolo speciale dell'Editto pretorio: di qui l'espressione di *bonorum possessio unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor.*

Unde liberi. — La prima classe pretoria è quella dei figli *(liberi)*. Essa è più estesa che la classe civile dei *sui*, dappoichè comprende anche quelli che avrebbero questa qualità se non fossero usciti dalla famiglia per emancipazione o per un altro

---

avuto che un diritto esclusivo di occupare i *corpora hereditaria*, i quali, in mancanza di *heredes sui*, sarebbero rimasti senza padrone.

[1] Gai., III, 23.

[2] Gai., III, 12, 22; Ulpian., XXVI, 5.

modo che importi diminuzione di capo. Chiamando i figli emancipati, come pure quelli *in adoptionem dati atque a patre adoptivo emancipati*, insieme ai *sui*, il pretore corresse il rigore del diritto civile o la *bonorum possessio* è una *b. p. cum re* [1]. Concorrendo più figli, la divisione si fa nello stesso modo stabilito dalla legge decemvirale per gli eredi *sui*, salva però questa modificazione: se il defunto ha lasciato un figlio emancipato e dei figli di lui rimasti nella patria potestà dei loro avi, questi nepoti *ex filio* sono chiamati alla *bonorum possessio* unitamente al loro padre, in maniera però da prendere metà della porzione loro dovuta. Questa disposizione fu introdotta nell'editto da Salvio Giuliano, d'onde il nome di *clausula Juliani* [2].

Unde legitimi. — In mancanza dei figli *(liberi)*, o se essi ripudiano la *bonorum possessio*, o trascurano di domandarla entro il termine prescritto, l'editto pretorio la deferisce agli eredi civili, cioè a quelli che sono chiamati dalla legge decemvirale, secondo l'ordine indicato nel paragrafo precedente [3].

Unde cognati. — In mancanza delle due prime classi, il pretore accorda la *bonorum possessio* ai *cognati*, cioè ai parenti del defunto sino al sesto grado [4], senza distinguere fra gli agnati e cognati. Il parente più vicino esclude il lontano, e quelli di grado eguale succedono per capi. Se viene a mancare uno dei parenti più vicini, la sua parte si accresce agli altri. Se tutti

---

[1] Gai, III, 26; Ulpianus, XXVIII, 8 (vedi più sopra § 181).

[2] Ulpianus, fr. 1, pr. §§ 1, 7, 11, *de coniung. cum emancip. lib.*, XXXVII, 8. Senza questa disposizione di Salvio Giuliano si avrebbe la ingiustizia che il figlio emancipato avrebbe diritto ad una porzione virile della successione paterna nella qualità di figlio (*liber*) ed i suoi figli avrebbero diritto ad un'altra porzione virile nella loro qualità di *sui*.

[3] Più tardi questa disposizione fu estesa a tutte le persone chiamate all'eredità da senatoconsulti o da costituzioni imperiali (Ulpianus, fr. 2, § 4 e Paulus, fr. 2, *unde legitimi*, XXXVIII, 7).

[4] I figli nati *a sobrino vel sobrina* sono ammessi alla *b. p.* sebbene sieno parenti nel settimo grado, ma tutti gli altri collaterali non sono ammessi al di là del sesto grado. Simile disposizione era probabilmente modellata sulla *lex Furia testamentaria* seguita anco dalla *lex Cincia de donationibus*. Vedi *Vatic. Fragm.*, § 301.

rifiutano la *bonorum possessio* o tralasciano di chiederla nel termine stabilito, essa è deferita ai parenti del grado successivo, di guisa che in questa classe vi ha una successione di gradi. I figli illegittimi succedono in questa classe alla loro madre e ai parenti materni.

Unde vir et uxor. — In mancanza di parenti, il pretore accorda la *bonorum possessio* al coniuge superstite, purchè non sia divorziato.

§ 193.

Riforme introdotte dai senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano [1] e da costituzioni imperiali.

Senatoconsulto Orfiziano. — Secondo la legge decemvirale i figli non erano chiamati alla successione della loro madre a meno che questa non fosse *in manu mariti,* nel quale caso essi erano considerati come fratelli e sorelle e potevano succederle in qualità di agnati consanguinei. Secondo l'editto pretorio, essi non erano chiamati che nella classe dei cognati. Il senatoconsulto Orfiziano, decretato sotto Marco Aurelio, chiamò i figli e le figlie all'eredità della loro madre di preferenza a tutti gli agnati. In seguito questa disposizione fu estesa anche ai nipoti, relativamente all'eredità della loro ava [2].

Senatoconsulto Tertulliano. — Secondo la legge decemvirale, la madre non era chiamata all'eredità dei suoi figli, salvo che fosse *in manu mariti,* nel qual caso succedeva come *soror consanguinea* [3]. Secondo l'editto pretorio essa era chiamata nella classe dei *cognati* salvo che fosse *soror consanguinea,* nel qual caso era chiamata alla *bonorum possessio unde legitimi.* Il senatoconsulto Tertulliano, decretato sotto Adriano, chiamò la madre

---

[1] Moscatelli. *I senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano,* nell'*Arch. giur.,* XI, 193.

[2] Ulpian., XXVI, 7; pr. § 1, Inst., *de Sc. Orph.,* III, 4.

[3] Gai., III, 24; Ulpianus, XXVI, 8.

all'eredità dei suoi figli semprechè questi non avessero lasciato nè figli, nè padre naturale (che potesse reclamare sia l'eredità come emancipatore, sia la *bonorum possessio*), nè fratelli consanguinei [1]. In mancanza di fratelli consanguinei la madre concorreva colle sorelle consanguinee ed acquistava metà della successione; ed in mancanza di sorelle consanguinee, essa succedeva a preferenza di tutti gli altri parenti. Il diritto di successione stabilito in favore della madre dal senatoconsulto Tertulliano le apparteneva soltanto nel caso che avesse l'*ius liberorum* [2].

COSTITUZIONI IMPERIALI. — Dopo i senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano, alcune costituzioni imperiali introdussero ulteriori modificazioni alla successione intestata, sempre allo scopo di favorire i *cognati*. Per esse i *cognati* furono, in gran parte, assimilati agli *agnati*, e segnatamente i discendenti, i genitori, i fratelli e le sorelle, i nipoti; ma, all'infuori di questi parenti, il principio dell'agnazione conservò tutto il suo vigore. Giustiniano, colle celebri Novelle 118 e 127, gli portò l'ultimo colpo, e stabilì un sistema nuovo e completo che passiamo ad esaminare.

§ 194.

Successione intestata secondo le Novelle 118 e 127.

Giustiniano proclamò il principio assoluto che la successione intestata deve essere deferita ai parenti in questa loro qualità, senza alcuna preferenza a favore degli agnati. Egli stabilì le seguenti quattro classi di parenti [3].

---

[1] ULPIAN, XXVI, 8; Inst., *de Sc. Tert.*, III, 3.

[2] Era necessario che avesse avuto tre figli se era ingenua e quattro se era liberta (PAUL., *Sent.*, IV, 9; ULPIAN., XXVI, 8). L'imperatore poteva dispensare la madre dall'*ius liberorum*, E Giustiniano lo abolì completamente.

[3] La classe antecedente esclude la successiva. — In mancanza di parenti succede il coniuge superstite. Il Codice civile concorda sostanzialmente col diritto romano (art. 735-740).

Prima classe. — Nella prima classe sono chiamati i discendenti del defunto, senza riguardo al sesso, al grado di parentela e alla patria potestà. In questa classe di discendenti la eredità si deferisce e si divide secondo questi due principii. 1° Se vi sono più discendenti (per esempio figli e figli dei figli), sono ammessi all'eredità tutti quelli che non sono esclusi da un discendente intermediario fra essi e il defunto [1]. 2° Concorrendo più discendenti, l'eredità si divide per capi se tutti appartengono al primo grado, e in caso contrario, per stirpi [2].

Seconda classe. — In mancanza di discendenti succedono gli eredi della seconda classe, cioè gli ascendenti del defunto, i suoi fratelli (o sorelle) bilaterali ed i loro discendenti di primo grado. Per determinare il modo, secondo il quale l'eredità è deferita a questi eredi della seconda classe, bisogna fare le seguenti distinzioni:

1° Se il defunto non ha lasciato che ascendenti, il più vicino di grado esclude quelli di grado più lontano. Se esistono più ascendenti del medesimo grado e della medesima linea, essi succedono per capi: se appartengono a linee diverse, metà della eredità passa agli ascendenti paterni e l'altra metà agli ascendenti materni. In ciascuna linea la suddivisione si fa per capi.

2°. Se il defunto ha lasciato non solo ascendenti, ma an-

---

[1] Per esempio: se taluno muore, lasciando un figlio che alla sua volta è padre di altri figli, questi non succedono, perchè sono esclusi dal loro padre tuttora vivente. Che se invece taluno lascia un figlio di primo grado ed alcuni nipoti, figli d'altro figlio predefunto, questi nipoti succedono essi pure, perchè fra essi e l'avo non c'è alcun discendente intermediario. Questo diritto dei nipoti di succedere in luogo del loro predefunto genitore suolsi chiamare diritto di rappresentazione, la quale espressione ha poi dato luogo ad equivoci. Creato il vocabolo, se ne dedussero conseguenze del tutto erronee, come quella, per esempio, che i nipoti non succedano all'avo per diritto proprio, ma soltanto come eredi del loro genitore unitamente ai figli del medesimo.

[2] Per esempio: il defunto lascia un figlio di primo grado e tre nipoti, figli di una figlia predefunta. In questo caso i tre figli della figlia predefunta succedono per stirpe, vale a dire essi succedono in luogo della loro madre predefunta ed acquistano tutti insieme metà dell'eredità e l'altra metà spetta al figlio di primo grado.

che fratelli (o sorelle) bilaterali, questi ultimi concorrono cogli ascendenti del grado più prossimo, e la divisione si fa per capi.

3° Se il defunto ha lasciato degli ascendenti, dei fratelli (o sorelle) bilaterali, dei figli (o figlie) di fratelli (o sorelle) bilaterali predefunti, i nipoti (o le nipoti) prendono quella parte che sarebbe toccata al loro padre (od alla madre) qualora fosse vissuto.

4° Se il defunto non ha lasciato fratelli e sorelle, ma solo ascendenti e nipoti, questi ultimi sarebbero a rigore esclusi dalla consuccessione, ma la giurisprudenza pratica, interpretando lo spirito della novella 127, li ha ammessi [1].

5° Se il defunto non ha lasciato ascendenti ma soltanto fratelli e sorelle, la divisione si fa per capi; e se esistono inoltre figli di fratelli (o sorelle) predefunti, la divisione si fa per stirpi.

6° Se il defunto ha lasciato soltanto nipoti, cioè figli o figlie di fratelli o sorelle, la divisione dell' eredità si fa per stirpi [2].

Terza classe. — In mancanza di eredi della seconda classe succedono i fratelli e le sorelle unilaterali, ed i loro discendenti in primo grado in luogo del loro padre o della loro madre predefunti. Per la delazione e la divisione dell' eredità si seguono le norme stabilite riguardo ai fratelli e nipoti bilaterali.

Quarta classe. — Questa classe comprende tutti gli altri collaterali non contemplati nelle due classi precedenti, secondo la prossimità del grado. Se esistono più parenti del medesimo grado, la divisione dell' eredità si fa per capi [3].

---

[1] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 477, nota 5.

[2] Questa almeno era l' opinione di Accursio ed è stata propugnata anche da Cino, da Jacopo de Arenis, da Bartolo, da Angelo e da Paolo Castrense, da Alessandro da Imola e da molti altri. In quella vece Azone, Rofredo, Butrigari, Saliceto, Jacopo da Belvisio e Ulrico Zasio sostennero che i nipoti, succedendo soli, dovessero dividere l' eredità per capi. In Germania la questione è stata risoluta legislativamente in questo senso.

[3] Delle suaccennate quattro classi si fecero i seguenti versi mnemonici:

Le predette quattro classi stanno fra loro in tale rapporto che i parenti della classe susseguente sono esclusi, finchè possono diventare eredi i parenti della classe precedente [1]. Quando poi risulta che nessun parente della classe chiamata diviene erede, allora si passa alla classe susseguente. Questa è la cosiddetta successione delle classi (*successio ordinum*). Inoltre nella medesima classe ha pure luogo una successione dei diversi gradi, detta *successio graduum* [2]. Quando nessuno di coloro, ai quali è deferita l'eredità come parenti prossimi, diviene erede, sono chiamati quelli del grado susseguente [3].

Successioni irregolari. — 1° In mancanza di parenti capaci di succedere, il coniuge superstite, semprechè non sia divor-

---

Descendens omnis succedit in ordine primo;
Ascendens propior, germanus, filius eius;
Tunc latere ex uno iunctus quoque filius eius;
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

[1] Così un ascendente non può succedere fino a tanto che esiste un discendente che possa e voglia succedere; così pure se vi ha un ascendente o un fratello germano, non possono succedere i fratelli unilaterali: e questi escludono alla loro volta i cugini ed altri parenti più lontani.

[2] La successione delle classi e dei gradi non aveva luogo nelle eredità del diritto civile antico, nel quale valeva il principio che *in legitimis hereditatibus successio non est* (Gai., III, 12; Ulpian., XXVI, 5). Arndts-Serafini, *Pandette*, § 478, nota 1; Helmolt, *Das Accrescensrecht und die succ. gr. der Novellen 118 und 127*, Giessen 1855; Merkel, *Die Lehre von der successio graduum*, Tübingen 1876.

[3] L'applicazione del principio è facile quando vengono a mancare *tutte* le persone alle quali l'eredità è deferita in primo grado: e, difatti, mancando quelli di primo grado, succedono quelli di secondo grado. Ma la difficoltà si presenta quando soltanto alcuni dei chiamati non acquistano l'eredità. Si dovrà dire che anche in questo caso l'eredità non acquistata dai primi chiamati venga deferita a quelli di grado più lontano, o si dovrà invece deferire la parte dell'eredità dell'erede mancante agli eredi del medesimo grado, in virtù del diritto d'accrescimento? Secondo noi deve in tale ipotesi prevalere il diritto di accrescimento alla successione dei gradi. Così, per es., se Tizio muore lasciando il padre e l'avo paterno, e il padre ripudia l'eredità, la quota da lui ripudiata, anzichè deferirsi all'avo paterno (secondo i principi della successione dei gradi), andrà per diritto di accrescimento alla madre. E difatti, per sapere a chi sia deferita l'eredità, si deve guardare al momento della delazione. Chi al momento della dela-

ziato, può domandare la *bonorum possessio unde vir et uxor* [1]. 2° Alla vedova povera è concesso di succedere all'eredità del marito predefunto, anche in concorso dei parenti del medesimo. Se concorre con quattro o più discendenti del marito, essa ottiene una porzione virile; e se concorre con un numero minore di discendenti o con altri parenti, riceve la quarta parte (*quarta uxoria*). Di regola essa acquista la proprietà della parte che le accorda la legge; ma se concorre con figli proprii, ne ottiene il solo usufrutto [2]. 3° In mancanza di parenti e di coniuge superstite, l'eredità è talvolta deferita a certe corporazioni, delle quali faceva parte il defunto [3]. 4° In ultimo luogo viene il fisco [4].

CAPO IV.

Delle successioni necessarie.

§ 195.

Della successione necessaria formale del diritto antico.

La legge decemvirale accordava al padre di famiglia un potere illimitato di disporre delle sua sostanze, ma questo potere in progresso di tempo venne limitato dal diritto civile e dal pretorio.

---

zione è escluso, rimane escluso se anche per avventura quel parente viene a mancare: egli non può pretendere ad una parte di eredità che non fu deferita a lui, ma ad un altro. — Molti scrittori sono d'opinione contraria, come può vedersi in ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 518, nota 2.

[1] § 6, *Inst.*, III, 9; Tit. Dig., XXXVIII, 11; Cod., VI, 18.

[2] Nov. 53, cap. 6, § 2; Nov. 117, cap. 5.

[3] Così le chiese ed i conventi ereditano dai loro chierici o monaci (Const. 20, *de episc. et cler.*, I, 3; Nov. 131, cap. 13); i collegi dei decurioni e le corporazioni dei barcaioli, degli armaioli ecc. ereditano dai loro soci (Const. 1, 3, 5; Cod., VI, 62); la legione dai soldati (ULPIANUS, fr. 6, § 7, *de iniusto, rupto et irr. test.*, XXVIII, 3; Const. 2, Cod., VI, 62).

[4] Const. 1, 4 e 5, Cod., *de bon. vac.*, X, 10; Cod. civ., art. 736-758.

Diritto civile. — Secondo il diritto civile, il testatore aveva l'obbligo di istituire o di diseredare gli *heredes sui,* quelli cioè che erano sotto la immediata sua patria potestà all' epoca in cui aveva fatto il testamento. I figli maschi dovevano essere istituiti o diseredati nominatamente, cioè in modo speciale ed individuale (per esempio TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO). In caso di contravvenzione a questa regola, il testamento era nullo. Le figlie ed i nipoti potevano essere diseredati anche in modo collettivo *(inter ceteros).* In caso di preterizione delle figlie e dei nipoti, il testamento non era nullo, ma queste persone passate sotto silenzio avevano il diritto di ottenere una porzione dell' eredità [1].

Le regole precedenti si applicavano agli *heredes sui* esistenti all' epoca in cui era stato redatto il testamento, ma quanto ai figli postumi si seguivano principii diversi. Originariamente non si potevano nè istituire nè diseredare, perchè erano considerati come persone incerte; ma la sopravvenienza del postumo infirmava il testamento *(testamentum ruptum agnatione postumi),* e questa regola fu poi estesa eziandio ai figli già nati all' epoca della convenzione del testamento, ma che cadevano più tardi sotto la patria potestà del testatore *(quasi postumi).* Ad evitare i danni derivanti dalla rottura del testamento per l' agnazione dei postumi e quasi postumi si introdussero i seguenti rimedi: 1° In origine il diritto civile permise di istituire o di diseredare i postumi che nascevano dopo la morte del testatore *(postumi legitimi)* [2]. 2° Aquilio Gallo immaginò una formula, colla quale si potevano istituire o diseredare i discendenti del secondo grado *(postumi Aquiliani)* [3]. 3° La legge Junia Velleia dell' anno

---

Sulla vocazione dello Stato alle successioni intestate vedi *Archivio giur.,* V, 396-402.

[1] GAI., II, 123-127; ULPIAN., XXII, 16-17; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* vol. III, § 591 e seg. — Il Codice civile non riconosce la diseredazione, ma solo l' indegnità. Vedi il 226 in fine.

[2] ULPIAN., XXII, 19.

[3] SCAEVOLA, fr. 29, pr. §§ 1-4. *de lib. et post.,* XXVIII, 2: « *Si filius meus viro me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem*

763 dalla fondazione di Roma permise di istituire o di diseredare i discendenti che nascevano vivente il testatore dopo la confezione del testamento *(postumi Velleiani)* [1]. La medesima legge permise inoltre la diseredazione dei discendenti di secondo o ulterior grado pel caso ch' essi, non essendo sotto la potestà immediata del testatore al tempo del testamento, vi cadessero poi *(quasi postumi Velleiani)*. La legge parlava della loro istituzione, poichè a questa nulla si opponeva, essendo quelle persone viventi e certe [2].

Diritto pretorio. — Il diritto civile non imponeva l'obbligo di istituire o di diseredare i figli *emancipati*, perchè, essendo usciti dalla patria potestà del testatore, non erano più *heredes sui*; ma il pretore, avendoli poi coll' editto *unde liberi* chiamati a succedere alla pari degli *heredes sui*, ordinò che tutti, senza distinzione di sesso, dovessero essere o istituiti o diseredati: i maschi *nominatim*, le femine *inter ceteros*: ed ove non fossero nè istituti nè diseredati nella maniera prescritta, il Pretore dava loro la *bonorum possessio contra tabulas* [3]. Questa *bonorum possessio contra tabulas* non rende nullo il testamento paterno, ma ne impedisce soltanto l' esecuzione. L' erede istituito conservava la sua qualità di *heres* ma *sine re* ed i figli preteriti acquistavano la *bonorum possessio cum re* conformemente alle regole della successione intestata, coll' obbligo di soddisfare ai legati ed agli altri pesi imposti all' erede istituito [4]. Un rescritto di Marc' Aurelio limitò alla porzione ereditaria civile la *bono-*

---

meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto ».

[1] Ulpian., XXII, 19; Gai., II, 134; Scaevola, fr. 29. §§ 11-12, *de lib. et post.*, XXVIII, 2.

[2] Gai., II, 133; Paul., III, 4, 10. — L' ultima disposizione della legge *Junia Velleja* fu estesa anche ad altre persone fuori dei discendenti per l' eventualità di un rapporto di subiezione *(suitas)* (Ulpian., XXIII, 2, 3). Vedi Doveri, *Istituzioni*, II, § 663.

[3] Gai., II, 135; Ulpian., XXII, 23; XXVIII, 2; *Inst.*, II, 13, § 3.

[4] Ulpianus, fr. 3, § 11; fr. 8, § 14; fr. 10, § 1, *de b. p. c. t.*, XXXVII, 4.

rum possessio deferita alle femmine ed ai figli di secondo grado [1].

Riforma di Giustiniano anteriormente alla Novella 115. — Tale era lo stato delle cose prima di Giustiniano, ma egli con una sua costituzione [2] ridusse la legislazione a maggiore semplicità ed uniformità, tanto per i figli quanto per le figlie e per gli altri discendenti di linea mascolina. sia che fossero nati, sia che fossero nascituri, ordinando che tutti, o fossero *sui* o fossero *emancipati*, dovessero essere istituiti o diseredati nominatamente, in guisa che la loro preterizione producesse o la nullità assoluta del testamento e la successione intestata, o una *bonorum possessio contra tabulas* piena ed intiera, secondochè i preteriti erano *sui* od *emancipati*.

§ 196.

Della successione necessaria materiale, ossia della porzione legittima e del testamento inofficioso [3].

Nozioni preliminari. — L'obbligo di istituire o di diseredare i figli *sui* ed *emancipati*, del quale abbiamo trattato nel paragrafo precedente, non conteneva che una restrizione di mera forma pel testatore, e non lo privava punto del diritto di escluderli dalla successione. Così la posizione del testatore era tale che da un lato egli avrebbe potuto testare validamente sebbene non avesse lasciato nulla ai figli *sui* o *emancipati*, dall'altro invece pur lasciando loro qualche parte delle sue

---

[1] Gai. II, 126: *Sed nuper Imperator Antoninus significavit rescripto suo non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrescendi consequerentur: quod in emancipatarum quoque persona observandum est.*

[2] Const. 4. *de liber. praet. vel exher.*, VI, 28.

[3] Schroeder, *Das Notherbrecht*, I. Heidelberg 1877; Glück-Mühlenbruch, *Pandekten*, vol. XXXV-XXXVIII; Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire*, Paris 1873; De Pirro, *Contributo alla teoria della legittima* in *Ric. it. per le scienze giur.*, 1895-96; Tamassia, *La Falcidia* in *Mem. Ist. Ven.*, 1905.

sostanze, ma senza impiegare la forma della istituzione di erede, egli non avrebbe preservato il testamento dalle conseguenze della preterizione. Perciò, a lato di quell' obbligo formale di istituire o di diseredare i figli, si stabilì a poco a poco pel testatore un nuovo obbligo molto più favorevole ai suoi prossimi parenti ai quali fu dato pretendere che il testatore lasciasse loro una porzione del suo patrimonio *(portio legitima)*.

Della legittima o porzione legittima. — La legittima è una porzione dei beni, di cui il testatore non può privare certe persone che sarebbero credi anche *ab intestato* salvochè non esista una giusta causa di diseredazione. La legittima non può essere domandata che nell' ordine nel quale si è chiamati alla successione intestata, dappoichè in ultima analisi essa non è che una frazione della parte che si sarebbe ricevuta *ab intestato*.

Le persone aventi diritto alla legittima, nell'ordine menzionato, sono i discendenti, gli ascendenti, ed i fratelli e sorelle, germani, e consanguinei del defunto; questi ultimi però hanno diritto alla legittima solamente quando il testatore abbia istituito una persona turpe.

Prima della Novella 118, la legittima consisteva nella quarta parte della porzione intestata (o meglio nella porzione che sarebbe toccata nella successione *ab intestato*); mediante la Novella predetta, Giustiniano dispose che quando la porzione intestata importasse almeno la quarta parte del patrimonio del defunto, la legittima dovesse essere della terza parte della porzione intestata, e negli altri casi della metà.

Per calcolare la porzione legittima si deve formare una massa dei beni appartenenti al testatore all' epoca della sua morte, detrarre le spese funerarie ed i debiti e su quello che rimane si determina la legittima secondo la porzione a cui avrebbero diritto i legittimari nella successione *ab intestato*.

Il legittimario deve imputare nella sua porzione legittima tutto quello che ha ricevuto dal testatore a titolo di erede, di legatario, di fidecommissario o di donatario per causa di morte, e perfino ciò che ha ricevuto fra vivi a titolo di dote, di donazione a causa di matrimonio o per la compera di un impiego

venale *(militia)*. Le altre donazioni fra vivi non si imputano nella legittima, ammenochè non sieno state fatte sotto condizione della loro imputazione o l'altro coerede, che deve conferire per uno dei titoli accennati, non abbia egli pure ricevuto una donazione semplice.

La legittima dev'essere lasciata puramente e semplicemente, senza alcuna restrizione [1].

Delle azioni spettanti ai legittimari. — In caso di lesione della legittima, i legittimari non avevano in origine che la *querela inofficiosi testamenti*, la quale produceva la rescissione del testamento, quindi la successione intestata: ma in seguito vennero concesse altre azioni, cioè la querela di inofficiosa donazione e l'azione suppletoria.

Della querela d'inofficioso testamento [2]. — Essa compete ai discendenti, o, se questi non possono o non vogliono intentarla, agli ascendenti, cui la legge accorda una legittima, ed ai fratelli ed alle sorelle, se è stata istituita una persona turpe (vedi la pagina precedente). Con essa, che è in sostanza un incidente nella consueta *hereditatis petitio*, i legittimari preferiti fanno rescindere il testamento e ottengono tutta la porzione intestata. La giurisprudenza, nell'introdurre la querela di inofficiosità, partì dal punto di vista che, siccome il testatore non aveva lasciato nulla ad uno dei suoi più prossimi parenti, cioè al suo presuntivo erede intestato, così egli non aveva fatto il testamento quale lo avrebbe fatto un uomo giusto in condizioni

---

[1] Const. 31 e 36, § 1, *de inoff. test.*, III, 28. — Il giureconsulto Mariano Socino (*Consilia*, 1, 122), morto nel 1556, ha proposto un espediente per gravare il legittimario (*cautela Socini*). Questo espediente consiste nel lasciare al legittimario, oltre la legittima, certi beni aggiungendo dei pesi alla liberalità. Il legittimario, che accetta questa liberalità, deve naturalmente sottostare ai pesi inerenti, ma egli può, se crede, ripudiare la liberalità per attenersi alla pura legittima.

[2] Naber, *Ad legem damnatam* (19, Dig., 5, 2), nella *Mnemosyne*, XXXIV, 365 e seg.; Jobbé-Duval, *Explication de la l. 16 au Code de inoff. test.*, nelle *Mélanges Gérardin*, Paris 1907; Id., *La nature de la q. i. selon les jurisconsultes byzantins*, nelle *Mélanges Fitting*, Lyon 1908; Brugi, *Hereditatis petitio de inofficioso, secondo i contemporanei di Giustiniano* (*ib.*).

normali di mente *(hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint cum testamentum ordinarent parentes)* [1]. La querela di inofficiosità aveva qualche cosa di odioso, in causa appunto della finzione, da cui originariamente era partito questo principio, per cui si supponeva il testatore non sano di mente, e perciò fu giudicata sfavorevolmente ed assoggettata alle seguenti restrizioni: 1° essa è un'azione sussidiaria, vale a dire non è ammessa che in mancanza d'altro rimedio di legge [2]; 2° si prescrive nel breve termine di cinque anni [3]; 3° non si trasmette di regola, come *actio vindictam spirans*, agli eredi [4]; 4° il legittimario che soccombe nella querela d'inofficiosità perde a titolo di pena la liberalità che il testamento contenga a suo favore [5]. Di fronte al testamento militare non si dà querela *inofficiosi testamenti* [6].

Dell'azione suppletoria. — Essa compete a tutti i legittimari che hanno ricevuto meno della legittima, allo scopo di ottenere il supplemento [7].

Della querela d'inofficiosa donazione e querela inofficiosae dotis. - Se il testatore ha leso la legittima con eccessive do-

---

[1] Pr. Inst., *de inoff. test.*, II, 18. Questo principio s'introdusse ben presto nel diritto romano, sull'esempio del diritto antico (cfr. SCHULIN, *Das griechische Testament*, pag. 16). Quanto alle persone, che potevano promuovere questa querela, il loro numero andò vieppiù restringendosi.

[2] Inst., § 2, *de inoff. test.*, II, 18.

[3] ULPIANUS, fr. 8, § 17 e MODESTINUS, fr. 9, *de inoff. test.*, V, 2. Const. 16, III, 28.

[4] Se però la querela è già stata introdotta, o almeno preparata, passa agli eredi (fr. 6, § 2; fr. 7 *h. t.*, V, 2). In via di eccezione, i figli del testatore, che sono morti *deliberante herede scripto*, trasmettono la querela ai loro eredi discendenti. — La legislazione italiana garantisce una quota di legittima ai discendenti, e in loro mancanza agli ascendenti; attribuisce pure un diritto irrevocabile sull'eredità ai figli naturali ed al coniuge superstite (art. 805-826). Sulla natura di questo diritto del coniuge vedi nell'*Archivio giur.* le memorie del BUSCEMI (VII, 52-59), del FILOMUSI-GUELFI (VIII, 217-230) e del FRUGONI (VIII, 527-537).

[5] ULPIANUS, fr. 8, § 14, *de inoff. test.*, V, 2.

[6] Id. fr. 8, § 4 e fr. 27, § 2, *de inoff. test.*, V, 2.

[7] Const. 30, pr. § 1, *de inoff. test.*, III, 28. Pel Codice civile, vedi gli art. 721-824 e 825. Cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 596, nota 5.

nazioni fra i vivi o costituzioni di dote, i legittimari possono chiedere la riduzione delle donazioni e delle costituzioni di dote fino alla concorrenza della legittima [1].

§ 197.

Della successione necessaria nell' ultimo stadio del diritto romano.

Novella 115. — Giustiniano ordinò che il testatore non potesse limitarsi a lasciare ai discendenti ed agli ascendenti la porzione legittima, ma che, lasciando loro la legittima, li dovesse istituire in eredi, per cui un semplice legato o fidecommesso, per quanto considerevole fosse, sarebbe stato insufficiente. Egli decise inoltre che il testatore potesse privare della legittima i suoi discendenti ed ascendenti, purchè la diseredazione fosse fondata sopra una delle giuste cause enumerate nella Novella 115 [2]. In caso di contravvenzione alla prescrizione di detta Novella i legittimari potevano chiedere la rescissione del testamento e quindi la loro parte di eredità *ab intestato* rimando intatte le altre disposizioni testamentarie.

Per tal modo Giustiniano abolì l' antica successione necessaria formale, ma lasciò intatto il sistema della legittima, con questa differenza che furono esattamente determinate le cause di diseredazione [3].

Riepilogo. — I discendenti e gli ascendenti hanno diritto alla legittima per via di istituzione in erede. Se furono bensì istituiti, ma non ebbero tutta intiera la legittima, possono pre-

---

[1] Tit. Cod., III, 29 e 30.

[2] Queste cause sono quattordici pei discendenti ed otto per gli ascendenti. Vedi Arndts-Serafini, *Pandette,* § 599, nota 1.

[3] Si questiona se, dopo la Nov. 115, i discendenti e gli ascendenti ingiustamente preferiti o esclusi, che vogliono attaccare il testamento, debbano valersi della *querela inofficiosi testamenti,* o della *querela nullitatis.* Vedi in proposito Arndts-Serafini, *Pandette,* III, § 599 in nota, dove esponemmo le varie opinioni.

tendere il supplemento. Se invece hanno ricevuto la loro porzione legittima, ma non sono stati istituiti eredi, possono chiedere la rescissione del testamento e raccogliere l'eredità *ab intestato*.

Quanto ai fratelli ed alle sorelle germani e consanguinei, rimane saldo il diritto anteriore. Quindi si concede la querela d'inofficioso testamento nel caso che loro venga preposta una turpe persona, senza che in un modo o l'altro sia loro assicurata almeno la quarta parte del patrimonio.

DELLA LEGITTIMA DIFESA O PORZIONE LEGITTIMA SECONDO IL CODICE CIVILE. — Secondo il Codice civile la porzione legittima dei discendenti e degli ascendenti è quota di eredità (art. 808); cioè essa si acquista a titolo universale e precisamente a titolo di successione legittima. Epperò ai legittimari sono applicabili le regole della successione legittima; quindi essi non possono, vivente il testatore, nè fare convenzioni sulla medesima, nè rinunziarvi (art. 954); essi acquistano il possesso dei beni del defunto di pieno diritto e senza bisogno di materiale apprensione (art. 925), e debbono contribuire al pagamento dei debiti in proporzione della loro quota (art. 1027). La legittima è dovuta in piena proprietà e perciò deve soddisfarsi coi beni o corpi ereditari (art. 808). Il testatore non può nè direttamente nè indirettamente pregiudicare il diritto di legittima, e quindi non può imporre alla legittima alcun peso o condizione (art. 808): sarebbe tuttavia valida la disposizione di chi, lasciando all'erede più della legittima, imponesse anche a questa una condizione o un peso coll'ordine che se l'erede non l'accetti, non possa conseguire più della legittima.

Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia, il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, i legittimari hanno la scelta o di eseguire tale disposizione o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile. Lo stesso vale nel caso in cui siasi disposto della nuda proprietà di una quota eccedente la porzione disponibile (art. 810). Il valore della piena proprietà dei beni alienati ad un legittimario a capitale perduto, o con riserva di usufrutto, sarà imputato alla porzione disponibile, e l'eccedente sarà conferito alla massa (art. 811).

La porzione dovuta al coniuge ed ai figli naturali non porta diminuzione della legittima spettante ai discendenti legittimi od agli ascendenti, ma si detrae esclusivamente dalla parte disponibile (art. 818).

CAPO V.

Dell' acquisto dell' eredità.

§ 198.

Requisiti per l' acquisto dell' eredità civile.

Cenni preliminari. — In certi casi l' eredità si acquista di pieno diritto, al momento stesso in cui è deferita. Di regola però l' acquisto dell' eredità richiede la manifestazione della volontà della persona chiamata alla successione. Si distinguono, sotto questo rapporto, tre classi di eredi, cioè: *heredes necessari*, *heredes sui et necessarii*, *heredes extranei vel voluntarii*.

Heredes necessarii. — Gli eredi *necessarii* sono gli schiavi istituiti dai loro padroni e manomessi in virtù del testamento. Essi non possono ripudiare la eredità, la quale è loro acquisita in pien diritto, perfino a loro insaputa, al momento stesso in cui è aperta a loro favore [1]. Gli schiavi istituiti dai loro padroni, ma manomessi prima della morte del testatore, non sono eredi necessari; essi possono acquistare o rifiutare la eredità.

Heredes sui et necessarii. — Si chiamano eredi *sui et necessarii*, i figli soggetti alla patria potestà del *de cuius* al mo-

---

[1] Nel diritto antico il testatore doveva lasciare espressamente la libertà allo schiavo; nel diritto giustinianeo l' istituzione implica la libertà. Tale erede chiamasi *necessarius, quia sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et heres est* (Gai., II, 153, 160; § 1, Inst., *de hered. qualit. et diff.*, II, 14).

mento della sua morte [1]. Gli eredi *sui et necessarii* acquistano l'eredità di pien diritto, perfino a loro insaputa, e il diritto civile non permetteva loro di rinunciarvi. Il pretore modificò questo principio autorizzandoli a far uso del *beneficium abstinendi* [2].

Heredes extranei vel voluntarii. — Gli eredi estranei sono quelli non soggetti alla potestà del defunto; essi si chiamano anche volontari, perchè non acquistano l'eredità se non in seguito della loro accettazione [3].

ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ. — L'accettazione dell'eredità può essere espressa o tacita: l'accettazione espressa chiamasi *hereditatis aditio* [4], la tacita, *pro herede gestio* [5]. Nel diritto an-

---

[1] Nell'antico diritto erano comprese anche le donne *in manu mariti* perchè erano *filiae vel nepotis loco.*

[2] L'astensione della eredità fa si che essa venga considerata come se il *suus* non fosse divenuto erede del padre e per conseguenza che possano ottenerla i sostituiti, i coeredi e gli eredi intestati. Nulladimeno colui che si astiene, rigorosamente parlando, conserva il nome di erede, ed il testamento sussiste tuttora nelle disposizioni che all'erede non si riferiscono. Del resto l'*heres suus* dopo che si è astenuto dalla eredità può di nuovo accettarla, semprechè l'asse ereditario non sia stato venduto, soltanto però entro il termine di tre anni.

[3] Il Codice civile italiano non fa distinzioni di sorta fra eredi necessari ed eredi volontari, perchè niuno è tenuto ad accettare l'eredità in qualunque modo siagli deferita e nessuno è erede a sua insaputa e contro sua volontà.

[4] È controverso se l'adizione dell'eredità possa farsi col mezzo di rappresentanti. La negativa si fonda su un frammento di PAOLO, fr. 90, pr. *de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2: *Per curatorum hereditatem acquiri non posse.* Nulladimeno: 1° le persone giuridiche acquistano l'eredità per mezzo dei loro legittimi rappresentanti, anzi questi sono responsabili se ne trascurano l'acquisto; 2° il tutore può adire da sè l'eredità per gl'impuberi ed i minori; 3° può anche adirla il padre nella cui potestà si trovano, ma essi possono in questo caso ottenere la restituzione in intiero, la quale ha per effetto di far considerare l'eredità come acquistata dal padre per sè. — Pel Codice civile l'accettazione come la rinuncia può farsi anche col mezzo di un mandatario (art. 1741).

[5] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 508, nota 1. Costituiscono di regola una *pro herede gestio* l'amministrazione, il godimento e l'alienazione dell'eredità, riscossione di crediti, pagamenti di debiti, ecc.

tico l'erede poteva venire istituito *cum cretione* [1]; in tal caso egli doveva manifestare in modo solenne e dentro un certo termine [2] la sua intenzione di acquistare l'eredità, sotto pena di decadenza [3].

RINUNCIA ALL'EREDITÀ. — L'erede volontario può rinunciare all'eredità, e questa rinuncia può essere espressa o tacita: *espressa,* se l'erede dichiara la sua volontà in modo formale; *tacita,* se compie atti tali da far supporre necessariamente la sua intenzione di rinunciare. Per poter rinunciare bisogna poter accettare: la rinuncia adunque non è valida, se l'eredità non è deferita, appunto perchè anche l'accettazione presuppone la delazione. La rinuncia è irrevocabile, tuttavia chi ha rinunciato come istituito può ancora accettare come sostituito; e così pure chi rinuncia come erede testamentario, può accettare l'eredità come erede intestato [4]. Tanto l'adizione come la rinuncia erano valide se anche fondate sopra un errore nei motivi, non così se l'errore riguardava l'identità dell'eredità. L'una e l'altra non erano soggette a forme speciali ma non dovevano contenere riserve o condizioni.

§ 199.

Acquisto della « bonorum possessio ».

La teoria pretoria dell'acquisto della *bonorum possessio* è in massima quella del diritto civile per l'acquisto dell'*hereditas,*

---

[1] ULPIANUS. XXII. 27: *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis quibus scieris poterisque; nisi ita creveris, exheres esto.* Cfr. GAI., II. 164. Nel diritto nuovo la *cretio* fu abolita (Const. 17, *de iure deliber.,* VI. 30.

[2] Generalmente era di 100 giorni da quello in cui l'erede aveva avuto conoscenza dell'istituzione (vedi la nota precedente).

[3] Ecco la formula riferitaci da GAIO (II, 166) e da ULPIANO (XX. 8): *Quod me P. Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* Cod. civ., art. 929-943.

[4] Const. 2, *de repud. v. abst. hered.,* XI. 31. Invece il rifiuto *intra dies cretionis* non era irrevocabile (ULPIAN., XXII. 30). Cod. civ. italiano, art. 944-954.

con queste differenze: 1° La *bonorum possessio* non si acquista mai di pien diritto, ma richiede sempre una speciale dichiarazione giudiziale: *agnitio bonorum possessionis*, la quale deve farsi in un breve termine, che è di cento giorni o d'un anno. Nell'epoca classica non si poteva ottenere la *bonorum possessio* che in seguito ad una dichiarazione solenne fatta dinanzi al pretore o al preside della provincia: ma in seguito si ritenne sufficiente una dichiarazione qualunque fatta davanti al giudice o al magistrato municipale. Di regola la *bonorum possessio* si otteneva *de plano;* tuttavia quando si trattava di una *bonorum possessio* che si allontanava dal diritto comune bisognava farne domanda *(petitio)* davanti al magistrato, il quale non l'accordava che previo esame del caso concreto *(causae cognitio)* e mediante decreto. In tal caso la *bonorum possessio* dicevasi *decretalis* per distinguerla da quella fondata semplicemente sull'editto (*bonorum possessio edictalis*). 2° Mentre l'*aditio ereditatis* doveva farsi sempre in persona, l'acquisto della *bonorum possessio* poteva farsi per mandatario.

§ 200.

Effetti dell'acquisto dell'eredità di fronte ai terzi.

PRINCIPII GENERALI. — I principali effetti dell'acquisto della eredità sono i seguenti:

1° L'erede rappresenta il defunto, ne sostiene e ne continua la personalità, in guisa da essere considerato quale una sola persona con lui. Perciò egli succede attivamente e passivamente in tutti i rapporti giuridici patrimoniali del defunto, cioè non solo in tutti i diritti reali e in tutti i crediti, ma eziandio in tutti i debiti, anche al di là delle forze ereditarie [1]. Questa

[1] La trasmissibilità all'erede dei diritti patrimoniali è la regola. Si eccettuano, beninteso, l'usufrutto e il diritto agli alimenti. Le azioni penali (non ancora giunte alla contestazione di lite, vivente il *de cuius*) non possono farsi valere contro gli eredi dell'autore del delitto (POMPONIUS, fr. 38, *de reg. iur.*, L, 17).

successione nei rapporti giuridici dell' autore produce la confusione del patrimonio e delle obbligazioni, in virtù della prima si estinguono tutti i diritti reali stabiliti sui beni ereditati a favore dell' erede e viceversa, dappoichè nessuno può avere un *ius in re aliena* sopra una cosa propria; in virtù della seconda si estinguono tutti i debiti e i crediti fra l' erede e il suo autore dappoichè nessuno può essere creditore e debitore di se stesso.

2° L' erede si obbliga *quasi ex contractu*, a pagare tutti i pesi impostigli dal testatore.

MODIFICAZIONI AI DETTI PRINCIPII. — Ad evitare i danni che potrebbero derivare all' erede dal principio ch' egli è tenuto di tutti i debiti, perfino oltre le forze ereditarie gli furono accordati l' *ius deliberandi* e il beneficio d' inventario, cui corrisponde quello della separazione dei patrimoni.

Ius deliberandi. — Si chiama così la facoltà accordata all' erede di esaminare entro un certo termine lo stato dell' eredità prima di decidersi per l' accettazione o per il rifiuto. In tesi generale, l' erede non è tenuto a dichiararsi entro un termine stabilito [1], ma se i creditori, i legatari, ed in generale tutte le persone, le quali hanno interesse ch' egli dichiari se voglia essere erede, gli intimano che si decida ad adire o ripudiare la eredità, egli deve dichiarare la sua volontà immediatamente, oppure chiedere un termine a deliberare. Questo termine, se è concesso dai magistrati, è di nove mesi, se dall' imperatore è di un anno [2]. In tutto questo tempo gli è lecito ingerirsi negli affari ereditari senza che se ne possa indurre una *pro herede gestio*, ossia una tacita accettazione. Passato il tempo assegnatogli egli deve dichiarare se accetta o rinunzia all' eredità: il suo silenzio vale accettazione.

Il diritto di deliberare si trasmette agli eredi in questo senso, che essi possono valersene se il tempo assegnato al defunto per esercitarlo non era trascorso, e se non passò l'anno,

---

[1] Egli ha diritto differire il rifiuto o l' accettazione finchè il diritto nascente della delazione non sia prescritto, cioè durante 30 anni (Const. 8, *de iur. del.*, VI, 30; ULPIANUS, fr. 7, *de her. pet.*, V, 3).

[2] Const. 22, § 13, *de iur del.*, VI, 30.

durante il quale per legge egli ed i suoi eredi possono deliberare [1].

Beneficium inventarii [2]. — Il beneficio che godeva il militare, di non rispondere dei debiti dell' eredità oltre l' ammontare di essa, fu esteso da Giustiniano a qualunque erede, che nell' adire l' eredità dichiarasse di farlo in conformità di un inventario. L' erede deve cominciare questo inventario entro i trenta giorni dal momento in cui conobbe la delazione dell' eredità e compierlo entro i sessanta; invece ha un anno di tempo se dimora lontano dal luogo in cui sono i beni ereditari. L' inventario dev' essere redatto alla presenza di un notaro e di tutti gli interessati, o, in assenza di questi, alla presenza di tre testimoni: inoltre deve essere firmato dal notaro e dall'erede; e se questi non sa scrivere, fa una croce, ed un secondo notaro firma per lui. L' erede può in caso di sospetto venir obbligato a giurare che l' inventario da lui compilato è esatto: che se avesse sottratto o nascosto qualche oggetto ereditario, o ne avesse favorito il furto, ne paga il doppio del valore.

Il benefizio dell' inventario produce effetti vantaggiosi per l' erede. Così durante la compilazione dell' inventario, egli non può essere chiamato in giudizio da chi ha interesse nell' eredità (creditori, legatari, ecc.): e, compilato che sia, è tenuto verso i creditori soltanto dentro i limiti dell' eredità *(non ultra vires hereditatis)*. Egli paga i creditori coi mezzi che somministra la eredità stessa, e li paga di mano in mano che gli si presentano, senza curarsi dei loro diritti di prelazione. Il beneficio d'inventario impedisce anche la confusione del patrimonio ereditario con quello dell' erede: quindi i rispettivi crediti e debiti continuano a sussistere separatamente. Infine l' inventario è una condizione indispensabile perchè l' erede possa prelevare la quarta parte dovutagli, in forza della legge Falcidia [3].

Beneficium (o commodum) separationis bonorum [4]. — Stante

---

[1] Const. 19, *de iure del.*, VI, 30; Cod. civ., art. 961, 964.

[2] HOFMANN. *Zur Lehre v. ben. invent. u. v. d. separatio bonorum*, nella *Grünhut's Zeitschrift*, VIII, 555-595.

[3] Codice civ., art. 955-979.

[4] OERTMANN. *Die bon. sep. im röm. u. heut. Recht*, nella *Grünhut's*

la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, avvenuta per l'acquisto dell'eredità, i creditori del defunto divengono creditori anche dell'erede, ed hanno diritto di farsi pagare sulla massa di quei due patrimoni riuniti. Ma se il patrimonio particolare dell'erede è così oberato che il passivo superi l'attivo, i creditori del defunto hanno interesse ad impedire la confusione, e il pretore, guidato dall'equità, vi provvede, introducendo il benefizio di separazione dei patrimoni, che fa rimanere distinti i beni del defunto da quelli dell'erede, affinchè ciascun patrimonio sia soggetto separatamente al pagamento dei rispettivi debiti [1]. Il diritto di domandare la separazione dei patrimoni appartiene ai creditori del defunto, chirografari ed ipotecari, qualunque sia la causa del debito; così pure ai legatari e fidecommissari, non però ai creditori personali dell'erede.

La separazione dei patrimoni fa sì che i creditori del defunto ed i legatari siano pagati col prezzo dei beni ereditari a preferenza dei creditori personali dell'erede, i quali non hanno diritto che a quello che avanza; ma d'altro canto i creditori ereditari non hanno alcun diritto sui beni dell'erede, nemmeno nel caso che il prezzo di questi beni sia superiore a quanto è dovuto ai creditori personali dell'erede [2]. Se la separazione non è domandata che da alcuni degli eredi del defunto, essa non avvantaggia gli altri [3].

Zeitschrift, XVII, 257-330 e *Separation u. Absonderung*, nei *Jhering's Jahrbücher*, XXXIV, 82-102; LOSANA, *La sep. del patr.*, ecc., Torino 1898. BAVIERA, *Storia e teoria della sep. bon. in dr. rom.*, negli *Studi e doc; di storia e dir.*, XX, 1899, 3-59; SOLAZZI, *Il diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*, e *Ancora del diritto*, ecc., nel *Bull. Ist. dir. rom.*, X e XI; FERRINI, *Appunti sulla « separatio bonorum »*, nell'*Arch. giur.*, LXIII.

[1] ULPIANUS, fr. 1, *de separat.*, XLII, 6; Codice civile, articoli 1032, 2054-2064.

[2] Ciò è detto in modo esplicito nel 5 *de separat.*, XLII, 6, di PAOLO, nè vi osta il fr. 3, § 2, *eod.* di PAPINIANO (vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 524).

[3] Fr. 1, § 26, *de separat.* XLII, 6. — In alcuni casi la separazione dei beni non può esser domandata, come, per esempio, se i creditori avessero

§ 201.

Effetti dell' acquisto dell' credità nei rapporti dei coeredi fra loro.

Due sono gli effetti dell' acquisto dell' eredità nei rapporti degli eredi fra loro: la comunione e la collazione.

Della comunione fra i coeredi. - Allorquando più coeredi acquistano l' eredità, i debiti ed i crediti ereditari si dividono di pien diritto fra loro in proporzione delle rispettive loro quote ereditarie [1]. È possibile che il testatore abbia nel suo testamento ordinato una determinata divisione dei crediti e debiti ereditari, o che i coeredi stabiliscano per convenzione una speciale divisione, ma siffatta divisione, testamentaria o convenzionale, è bensì efficace fra i coeredi, ma non ha effetto alcuno riguardo ai creditori o debitori dell' eredità [2].

Prescindendo dai crediti e debiti ereditari divisibili, l' acquisto dell' eredità fa nascere fra i coeredi una comunione dei beni ereditari, la quale, non derivando da convenzione, soggiace alle regole generali del quasi-contratto, che ha titolo di *communio incidens*, ossia comunione casuale. Ogni coerede può domandare subito lo scioglimento di questa comunione, purchè

---

novato il loro credito con l' erede o avessero accettato da lui nuove garanzie, o se avessero lasciato trascorrere un quinquennio dall' adizione dell' eredità, ecc. Cod. civ. ital., art. 1032, 2054-2065. — Vedi inoltre nell' *Arch. giur.* (XVI, 118-148) la memoria del TARTUFARI, *Sulla separazione dei patrimoni*, con riguardo alle opere di Levi, (*Sopra la separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede*, Prato 1875) e Pacifici-Mazzoni.

[1] La proprietà dei singoli oggetti si divide pure fra i coeredi, onde diventano comproprietari. Così avviene pure per gli altri diritti reali divisibili (usufrutto, enfiteusi, superficie); quanto ai diritti reali indivisibili (uso, servitù prediali) e al diritto di pegno, i coeredi diventano titolari in solido.

[2] GAIUS, fr. 2, § 5; PAULUS, fr. 3: fr. 4, pr.; fr. 25. §§ 2 e 13, *fam. erc.*, X, 2; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, §§ 526 e 527. — Codice civile, articoli 1027-1033.

abbia facoltà di alienare, e il testatore non abbia ordinato o i coeredi non abbiano convenuto di rimanere in comunione per un tempo determinato [1].

Della collazione [2]. — Nel diritto giustinianeo, quando più discendenti vengono a succedere insieme all' eredità di un loro comune ascendente, sono l' uno di fronte all' altro obbligati a conferire alla comune eredità ciò che ognuno di essi ebbe da quell' ascendente durante la sua vita: questo conferimento dicesi *collazione (collatio bonorum)*. La collazione deve la sua origine al diritto di successione, che il pretore accordò ai figli emancipati. Se questi non avessero conferito tutto quello che avevano acquistato in proprio dopo l' emancipazione, si sarebbero trovati in migliori condizioni dei loro fratelli rimasti sotto la patria potestà fino alla morte del comune genitore. Infatti siccome i figli di famiglia, a differenza degli emancipati, non acquistavano per sè, bensì pel padre, e quello che acquistavano veniva a far parte dell' eredità paterna, i figli emancipati avrebbero goduto di una parte degli acquisti fatti dai loro fratelli rimasti sotto la patria potestà, senza far godere a questi ultimi cosa alcuna degli acquisti fatti da essi emancipati. Il pretore per impedire quest' ingiustizia nell' accordare la *bonorum possessio intestati* o *contra tabulas* ai figli emancipati in concorso coi figli soggetti alla patria potestà, stabilì che i primi dovessero conferire alla massa ereditaria tutto quello che avessero acquistato posteriormente all' emancipazione e che avrebbe fatto parte del patrimonio paterno se non fossero stati emancipati. Tale fu l'origine della collazione e la sua primitiva applicazione. Questa collazione dei figli emancipati perdette della sua importanza di mano in mano che i figli di famiglia divennero capaci di aver beni

---

[1] L' azione di divisione dell' eredità presuppone il riconoscimento della qualità di coerede: per conseguenza il non possessore deve eventualmente ottenere il riconoscimento stesso mediante la petizione di eredità (§ 202), laddove quando è il possessore, che agisce, la questione del riconoscimento è pregiudiziale (203).

[2] MELUCCI, *Trattato teorico prat. delle collaz. ed imputazioni*, 2 vol., Torino 1879-1880; LUSIGNOLI, *Sul fondamento della collazione*, nell' *Arch. giur.*, LI, fasc. 1-3

in proprio, e sotto Giustiniano era scomparsa quasi interamente. Ma il pretore aveva assoggettato al conferimento anche la dote della figlia *sua:* fu appunto questo istituto della *collatio dotis* che, esteso dagli imperatori Leone I e Giustiniano, diede luogo alla collazione del diritto nuovo. Essa riposa su questa idea molto equa che, l'erede, il quale ha ricevuto dal suo ascendente una semplice anticipazione sulla sua parte ereditaria, debba, secondo la volontà del defunto, darne conto ai suoi coeredi.

In diritto nuovo adunque hanno obbligo di conferire i discendenti [1], tanto se succedono per testamento, quanto se succedono *ab intestato,* senza distinguere se sieno *sui* o *emancipati* di primo o di ulterior grado. I nipoti e pronipoti, che succedono in luogo del loro genitore predefunto, debbono conferire quanto avrebbe dovuto conferire quest'ultimo. La collazione è dovuta ai discendenti arrivati alla successione, ma non ad altri coeredi, nè ai legatari e creditori ereditari.

L'obbligo della collazione non colpisce che la dote, la donazione nuziale e le spese fatte dal padre per comprare al figlio una carica venale *(militia).* Il testatore è naturalmente libero di ordinare la collazione anche per altre liberalità, come d'altro canto può dispensare del tutto dalla collazione [2].

La collazione si eseguisce col riportare in natura alla comune eredità le cose, che debbonsi conferire, o coll'imputarvi il loro valore secondo la stima che gli oggetti avevano all'epoca in cui avvenne la morte di quella persona della cui eredità si tratta [3].

---

[1] Semprechè divengano eredi ed il testatore non abbia proibito la collazione espressamente, o tacitamente, imputando ciò che sarebbe soggetto a collazione nella determinazione delle quote. Non conferiscono eredi diversi dai discendenti, e perciò nè gli ascendenti, nè i collaterali, e molto meno gli eredi estranei (Const. 17 e 18, *de collat.,* VI, 20; Nov. 97, cap. 6, § 2). Pel Codice civile vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* § 528 nota 7.

[2] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* §§ 529 e 530.

[3] Cod. civ., art. 1001-1026. Vedi *Archivio giur.,* X, 84-96.

CAPO VI.

Azioni risultanti dall' acquisto dell' eredità.

§ 202.

Della petizione della eredità [1].

La petizione di eredità non è che l'applicazione all' eredità dell' azione di rivendicazione; è una *vindicatio hereditatis* [2]. Essa è un' azione reale mediante cui l' erede domanda, di fronte a chiunque possegga a titolo ereditario e senza titolo, il riconoscimento del suo diritto di eredità, e per via di conseguenza la restituzione degli oggetti ereditari con ogni accessorio [3].

La petizione di eredità compete ad ogni erede testamentario o legittimo, civile o pretorio [4], diretto o fidecommissario [5], universale o parziario; e secondo i varii casi prende la qualifica di *hereditatis petitio civilis, possessoria, fideicommissaria; totalis* e *partiaria.* Come *actio utilis* venne accordata anche all' acquirente dei *bona vacantia,* all' *eripiens* e a chi ha comprata l' eredità dal fisco [6].

---

[1] FRANCKE, *Commentar über den Pandektentitel de hered. pet.*, I, Göttingen 1864; DI MARZO, *La « possessio iuris » nella « hereditatis petitio »*, negli *Studi senesi in onore di L. Moriani*, II.

[2] Fr. 8, *de her. pet.*, V, 3; GAI., IV, 17.

[3] ULPIANUS, fr. 9, *de hered pet.*, V, 3; *Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.*

[4] In origine non spettava che all'erede civile (*heres*), ma poi fu estesa come *hereditatis petitio utilis* (*possessoria*) anche all'erede pretorio (*bonorum possessor*).

[5] L' erede fidecommissario non può intentarla che dopo la restituzione dell'eredità.

[6] ULPIANUS, fr. 20 §§ 6 e 7, e JULIANUS, fr. 54, pr. *de hered. pet.*, V, 3.

La petizione di eredità è diretta contro chi possiede *pro herede*, cioè contro chi possiede le cose ereditarie con la pretensione di avere diritto di possederle come erede, e contro chi possiede *pro possessore*, vale a dire contro chi possiede le cose ereditarie, senza altro titolo che il fatto del possesso [1]. Utilmente venne concessa anche contro il cessionario dei diritti ereditari [2], ma non può mai esperimentarsi contro coloro che posseggono le cose ereditarie a titolo singolare [3].

Lo scopo della petizione di eredità è di far dichiarare che l'attore è effettivamente erede, e, come conseguenza, di far condannare il convenuto a restituirgli tutto ciò di cui si è arricchito a spese dell'erede. E qui è da osservare che il convenuto, anche se di buona fede, deve restituire insieme agli oggetti in natura, che esistono presso di lui, anche l'equivalente che ne

---

[1] Si chiama possessore *pro possessore*, perchè non sa addurre altra ragione del suo possesso che questa: *possideo*. In tal modo egli contesta di fatto il diritto ereditario dell'attore.

[2] Ulpianus, fr. 9. 11. 13. 18, *de hered. pet.*, V. 3. La petizione di eredità fu accordata anche contro il *factus possessor* e contro chi *dolo desiit possidere*.

[3] Coloro che posseggono oggetti ereditari a titolo singolare, per esempio a titolo di legato, di compera, o di donazione, non violano il *diritto ereditario* dell'attore non contestandogli la qualità di erede: essi sostengono di essere *proprietari* dei beni che posseggono, e per conseguenza l'erede non può far cadere questa loro pretesa, se non mediante l'azione di rivendicazione, non mai colla petizione di eredità. Secondo l'opinione dominante, i terzi che hanno acquistato beni ereditari dal possessore di buona fede possono respingere l'azione dell'erede: la quale opinione si fonda sul celebre frammento d'Ulpiano (Ulpianus, fr. 25. § 17. *de her. pet.*, V); ma, come ho tentato di dimostrare nel mio *Archivio Giuridico*, vol. XX. 103. i terzi non possono opporsi alla rivendicazione dell'erede, ma hanno soltanto il diritto di regresso verso il loro autore. Le parole di quel passo: *nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent* sono probabilmente una interpolazione esplicativa dei compilatori e significano: « senonchè i compratori hanno il regresso contro il possessore (venditore) ». Secondo il Cod. civ. ital. sono sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte in buona fede coll'erede apparente. Giova però osservare che l'art. 933 obbliga in ogni caso l'erede apparente a restituire il prezzo dei beni ereditati venduti, senza distinguere se si trovi tuttora presso il venditore

avesse ricavato [1]. Se poi è di mala fede, deve risarcire all'attore tutto ciò che questi avrebbe conseguito, se non gli fosse stato contrastato ingiustamente il suo diritto [2]. Dopo la contestazione delle lite il possessore di buona fede viene trattato come possessore di mala fede, e quello di mala fede risponde anche del caso fortuito [3].

D'altro canto l'attore deve tener conto al convenuto di buona fede di tutte le spese, ed a quello di mala fede delle spese necessarie ed utili; quanto a queste ultime però soltanto sino alla concorrenza del maggior valore, che esse hanno procurato all'eredità [4].

Tra le eccezioni che può opporre il convenuto è specialmente importante l'*exceptio ne praeiudicium hereditati fiat*, diretta contro l'erede, il quale, anzichè valersi addirittura della *hereditatis petitio*, intenta singole azioni contro un pretendente dell'eredità. Questa eccezione fu estesa anche a favore dei debitori dell'eredità, convenuti pel pagamento, pendente il giudizio di petizione dell'eredità [5].

§ 203.

Azione di divisione dell'eredità.

I coeredi hanno gli uni contro gli altri l'*actio familiae erciscundae*, che è un'azione personale, mediante la quale domandano la divisione dell'eredità. Essa può essere intentata

---

o sia stato disperso. Vedi l'*Archivio giuridico*, XX. 403 e l'ARNDTS-SERAFINI. III, § 534, nota 1.

[1] Tale principio si attribuisce al Senatoconsulto Giovenziano. Gli scrittori esprimono questo concetto colle parole: *pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretii.*

[2] ULPIANUS, fr. 20, § 6; ULPIANUS, fr. 25, § 11-18, *de hered. pet.*, V, 3.

[3] Id. fr. 31, *eod.* e leggi citate nella nota precedente. Pel Cod. civ. vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 533, nota 6.

[4] ULPIANUS, fr. 37 [40]; PAULUS, fr. 38 [41]; GAIUS, fr. 39 [42], *de hered. pet.*, V, 2.

[5] PAPINIANUS, fr. 49, *de hered. pet.*, V, 3; ULPIANUS, fr. 1, § 37, *depos.*, XVI, 3.

anche da chi non è in possesso della sua quota ereditaria; ma in questo caso, se la sua qualità di erede è contestata, egli deve ricorrere alla petizione di eredità.

Nel giudizio di divisione dell' eredità il giudice ha la missione di aggiudicare a ciascun interessato una parte dei beni ereditari, in quanto ciò sia possibile. Se un lotto ha un valore superiore in confronto degli altri, il giudice pronunzia una condanna pecuniaria per ristabilire l' eguaglianza [1].

In generale l' *actio familiae erciscundae* non può essere sperimentata più d' una volta, poichè, fatta una volta la divisione, essa ha perduto la sua base, vale a dire un' eredità comune; se fossero sfuggiti alcuni oggetti ereditari al giudizio di divisione dell' eredità, si dovrebbe ricorrere all' *actio communi dividundo*, a quella di gestione d' affari od alla *condictio indebiti*, secondochè rimane a dividere qualche oggetto ereditario, o ad eseguire obbligazioni fondate sulla comunione od a conferire qualche cosa.

§ 204.

Mezzi di tutela provvisoria del diritto ereditario [2].

Essi sono l' *interdictum quorum bonorum* e il così detto *remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo.*

Interdictum q. b. — L' interdetto *quorum bonorum*, a differenza della petizione di eredità, non solleva la questione del diritto di successione, ma spetta a chi ha ottenuto la *bonorum possessio* contro colui che possiede cose ereditarie corporali *pro herede* o *pro possessore*, o contro colui che ha dolosamente cessato di possederle e tende ad ottenere il possesso delle medesime.

---

[1] Sul rapporto storico tra la *adiudicatio* e la *condemnatio* nelle azioni *f. e.* e *communi dividundo*, cfr. AUDIBERT, *Études sur la formule des actions f. e. et c. d.*, nelle *Mélanges Appleton*, pag. 1 e seg.; e *Nouv. Rev. Hist.*, XXVIII; A. BERGER, *Zur Ent Wickelungsgesch - der Feilklagen* etc., Weimar 1912.

[2] SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, II, n. 17.

L'attore si fonda soltanto sull'avere ottenuto la *bonorum possessio,* astrazione fatta dalla questione se egli sia o no il più prossimo erede; cosicchè, provato ch'egli abbia la concessione della *bonorum possessio,* il convenuto non sfugge alla condanna se non provando una *bonorum possessio* migliore; ogni altro mezzo di difesa è escluso [1].

Nella pratica del diritto comune l'*interdictum quorum bonorum* ha assunto caratteri alquanto diversi; esso è divenuto un pronto mezzo di procedura, mediante il quale chi dà buoni indizi circa il proprio diritto ereditario ottiene in via provvisoria le cose corporali dal possessore *pro herede vel pro possessore;* la sentenza definitiva è rimessa al giudizio di petizione dell'eredità.

Remedium ex lege ult. — Questo rimedio compete a chi presenti un testamento inattaccabile quanto alla sua forma estrinseca ed esente da ogni vizio apparente, ed ha lo scopo di ottenere l'immissione giudiziale nel possesso provvisorio delle cose, che il testatore possedeva all'epoca della propria morte: la quale immissione è efficace contro chiunque possegga tali cose senza titolo speciale, sino a tanto che all'esperimento della petizione di eredità non è chiuso l'adito dalla prescrizione ed in quanto l'avversario non provi tosto il suo diritto ereditario. L'immesso nel possesso ottiene così il vantaggio di poter attendere come possessore che l'avversario promuova l'azione di petizione di eredità [2].

---

[1] Il convenuto non potrebbe respingere l'interdetto *quorum bonorum,* opponendo di avere un diritto ereditario migliore: se questo diritto gli compete realmente, egli potrà farlo valere colla *petitio hereditatis,* giacchè la sentenza emanata sull'interdetto *quorum bonorum* non pregiudica il diritto di successione della parte soccombente.

[2] A tutela provvisoria del diritto ereditario il diritto romano concede inoltre i seguenti rimedi: 1° *Missio in possessionem ventris nomine.* Se l'erede è un postumo, la madre pregnante può frattanto ottenere l'immissione nel possesso dei beni ereditari, che spetterebbero al figlio nel caso in cui nascesse vivo. 2° *Bonorum possessio ex Carboniano edicto.* Se ad un impubere è contestata la qualità di figlio del testatore, dalla quale dipende il suo diritto di eredità, gli viene frattanto accordata mediante decreto pretorio la

CAPO VII.

Del non acquisto dell' eredità deferita.

Chi è chiamato ad un' eredità ha il diritto di adirla; ma talvolta avviene ch' egli non l' acquisti, sia che rinunci all' eredità deferitagli, sia che muoia prima dell' acquisto, sia che divenga incapace di succedere a titolo universale, sia che il testamento venga rescisso, sia infine per altri motivi. In tali casi, se non vi ha una sostituzione, la porzione vacante si accresce agli altri coeredi, a meno che non esista un caso di trasmissione.

§ 205.

Delle trasmissioni.

Per regola generale se chi è chiamato all' eredità muore prima di averla acquistata, egli non trasmette il suo diritto ai propri eredi, dappoichè, secondo un principio del diritto romano, logicamente seguìto in tutte le sue conseguenze, l' eredità non può acquistarsi se non da colui al quale è stata deferita [1]. Tuttavia vi sono dei casi, in cui l' eredità, benchè

Bonorum possessio ex Carboniano edicto. 3° *Bonorum possessio furiosi nomine.* Se è chiamato alla eredità un furioso il curatore di lui può frattanto ottenere la *bonorum possessio* e l' amministrazione dell' eredità, quasi questa fosse effettivamente acquistata dal furioso. 4° *Bonorum possessio in caso d' istituzione condizionale.* L' erede istituito sotto condizione può, pendente la medesima, acquistare la *bonorum possessio* e così far valere il proprio diritto ereditario in via provvissoria coi rimedi giuridici, che competono al *bonorum possessor.* Kniep, *De cautione et missione legat. sive fideicomm., servand. causa,* Rostock 1872.

[1] Const. un., § 5, *de caduc. toll.*, VI, 51: *Hereditatem enim, nisi fuerit*

non sia stata acquistata da colui al quale venne deferita, si trasmette ai suoi eredi. Essi sono quattro:

Transmissio ex capite in integrum restitutionis. -- Se l'erede per l'ignoranza della delazione, o per altre circostanze a lui non imputabili, come, per esempio, l'assenza per causa di pubblica utilità, non ha potuto adire l'eredità deferitagli, egli trasmette a' suoi eredi la facoltà di chiedere la *restitutio in integrum* e in conseguenza quella di adire l'eredità [1].

Transmissio ex capite infantiae. — L'ascendente può adire in proprio nome l'eredità deferita ad un suo discendente, qualora questi muoia nell'età dell'infanzia senza averla acquistata [2]. Lo stesso avviene per un figlio maggiore, che si trova nella potestà del padre e che non ha potuto prima della morte, per causa di assenza, acquistare l'eredità: lo stesso pure avviene nel caso di pazzia.

Transmissio Theodosiana. — Secondo una costituzione di Teodosio II dell'anno 450, confermata espressamente da Giustiniano [3], il discendente istituito erede da un suo ascendente trasmette il diritto di acquistare l'eredità ai discendenti proprii, perfino nel caso che sia morto prima dell'apertura del testamento [4].

Transmissio Iustinianea. — L'erede morto entro l'anno

---

adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. Cfr. § 2, *Inst.*, II, 17; ULPIANUS, fr. 3, § 7, *de bon. poss.*, XXXVII, 1.

[1] PAULUS, fr. 24, § 2 in fine, *de minoribus*, IV, 4; Const. 1, *de restit. milit.*, II, 51 50 [50]: *Heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si*, ecc. — Esempi: PAPINIANUS, fr. 86, pr. *de adq. hered.*, XXIX, 2: PAPINIANUS, fr. 84 in fine, *eodem;* PAULUS, fr. 4, § 3, *de bon. poss. contra tab.*, XXXVII, 4; PAPINIANUS, fr. 12, *de Carbon. edicto*, XXXVII, 10; ULPIANUS, fr. 6, § 1 e PAPINIANUS, fr. 42, § 3, *de bon. libert.*, XXXVIII, 2.

[2] Const. 18, § 1, *de iure delib.*, VI, 30; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 513.

[3] Const, un., § 1, *de cad. toll.*, VI, 51; cfr. Const. un., VI, 52.

[4] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 514, e specialmente la nota 3, dove sono riferite le principali questioni e le varie opinioni su questa materia. Cfr. Cod. civ., art. 890, l'interpretazione del quale diede luogo a vive questioni. Vedi nell'*Archivio giuridico* le memorie del DIENA (XVII, 24-47),

dopo la notizia della delazione senza aver dichiarato se accetti o rifiuti l'eredità, trasmette ai propri eredi il diritto di acquistarla entro il resto dell'anno, oppure entro il resto del termine se era stato prefisso all'istituto un termine a deliberare [1].

§ 206.

Diritto di accrescimento [2].

Il diritto di accrescimento fra coeredi è il diritto a quella porzione vacante che spettava ad un coerede, il quale non possa o non voglia acquistarla. Esso si fonda sul principio che l'erede, rappresentando la persona del defunto, è chiamato naturalmente all'eredità tutta intiera. Soltanto il concorso di altri eredi può limitare quel diritto: ora, se questi vengono a mancare, il limite cessa ed egli deve ottenere il tutto *(solo concursu partes fiunt, cessante concursu partes cessant)*. Il diritto di accrescimento, che più propriamente potrebbe chiamarsi diritto di non decrescimento, non costituisce adunque un acquisto nuovo, ma è un semplice sviluppo dell'istituzione personale, e la porzione che cresce non è che un accessorio della porzione originaria. Di qui viene che il diritto di accrescimento si verifica di pien diritto, senza che sia necessario un atto qualunque per parte degli eredi, anzi anche a loro insaputa ed a loro malgrado, con tutti gli oneri che gravitano sulla porzione vacante [3].

---

del GROSSI (XVII, 187-219) e sopratutto lo studio del PORRO (*Sull'art. 890 del Cod. civ.*, Torino 1895) ove è indicata la bibliografia.

[1] Const. 19, *de iure del.*, VI, 30; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 516.

[2] MAYER, *Das Recht der Anwachsung*, Tübingen 1835; GLASSON, *Du droit d'accroissement*, Strassburg 1862; RUGGIERI, *Del diritto di accrescere*, Roma 1873; DE CILLIS, nell'*Archivio giur.*, XXIII, 107-222; HOFMANN, *Ueber d. Grund des Anwachsungsrechts unter Miterben*, nei *Kritische Studien*, III.

[3] PAULUS, fr. 31; ULPIANUS, fr. 38; GAIUS, fr. 53, § 1, *de adq. hered.*, XXIX, 2; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, §§ 517 e 518.

Il diritto di accrescimento ha luogo tanto nella successione intestata che nella testamentaria, civile e pretoria, semprechè, s' intende, non esista un caso di trasmissione od una sostituzione; e la porzione vacante si divide fra gli altri coeredi, come se l' erede mancante non fosse mai sussistito. L' applicazione di questo principio non dà luogo a veruna difficoltà nella successione intestata; ma nella successione testamentaria l' accrescimento avviene in modo diverso, a seconda della maniera, con cui il testatore congiunse i nomi degli eredi nell' istituirli. I coeredi infatti possono essere congiunti in tre maniere diverse; 1° Possono essere chiamati all' identica quota ma in proposizioni diverse; ed allora si dicono *re coniuncti* (per esempio, Tizio sia mio erede, Caio sia mio erede e Sempronio sia esso pure mio erede). 2° Possono essere chiamati all' identica quota e nell' istessa proposizione; ed allora si dicono *re et verbis coniuncti* (per esempio, Tizio, Caio e Sempronio siano miei eredi in parti uguali). 3° Possono essere nominati nella stessa proposizione senza esser chiamati alla stessa quota *(verbis tantum coniuncti, re disiuncti)*: Tizio per due oncie, Caio per quattro oncie e Sempronio per il restante.

Ciò premesso si applicano le regole seguenti:

1° Se i coeredi sono tutti congiunti nello stesso modo, o se non sono congiunti in nessuna maniera, la porzione vacante si accresce a tutti i coeredi in proporzione delle rispettive quote ereditarie, dappoichè in questo caso non vi ha alcuna ragione di dare preferenza all' uno piuttosto che all' altro [1].

2° Se viene a mancare un erede congiunto *re et verbis* la sua porzione si accresce agli altri congiunti *re et verbis*, dappoichè essi sono considerati come una sola persona relativamente alla parte per la quale sono stati istituiti. Il loro diritto a tutta questa parte non è limitato che pel concorso di altri *re et verbis coniuncti*.

3° Se viene a mancare un coerede congiunto *re tantum*, la sua parte si accresce agli altri che sono chiamati alla me-

[1] Paulus, fr. 59 [57], § 2, *de hered.* inst., XXVIII, 5.

desima cosa, cioè tanto ai congiunti *re tantum* quanto a quelli congiunti *re et verbis*: questi ultimi però non ricevono tutti insieme che una parte eguale a quella di ciascuno erede *re tantum coniunctus*.

Osserveremo in fine che la congiunzione semplicemente *verbale* non dà nessuna preferenza; per conseguenza se viene a mancare un coerede, che sia congiunta soltanto *verbis*, la sua porzione si accresce a tutti gli altri, senza riguardo se sieno o no congiunti [1].

Se poi un erede è stato istituito soltanto per un oggetto determinato *(institutio ex certa re)*, egli non può raccogliere la porzione vacante che in mancanza di ogni altro erede.

CAPO VIII.

Perdita dell' eredità.

§ 207.

Delle cause di perdita dell' eredità.

Per regola generale l' acquisto di un' eredità è definitivo tanto in favore che contro l' erede *(semel heres semper heres)*; vale a dire vi ha diritto acquisito per l' erede e pei creditori dell' eredità e pei legatari. Ma questa regola soffre delle eccezioni, inquantochè, l' erede, oltre a poter ottenere la rescissione dell' accettazione dell' eredità in causa di dolo e di minorità e

---

[1] Secondo il Codice civile, il diritto d' accrescimento ha luogo fra i coeredi, quando in uno stesso testamento e con una sola e stessa disposizione siano stati congiuntamente chiamati, senza che il testamento abbia fatto tra essi distribuzione di parti (art. 880), abbia cioè espressamente indicato *una quota per ciascuno*, non escludendo il diritto d' accrescimento la semplice espressione: *per eguali parti, in eguali porzioni* (art. 881). — Vedi nell' *Archivio giur.* la memoria del Grossi (XVI, 529-540).

che può alienarla (vedi § 207), l'eredità può andar perduta anche contro la volontà dell'erede. I casi più importanti sono i seguenti: 1° la rescissione del testamento dietro domanda di un successore necessario (vedi §§ 195-197); 2° l'indegnità dell'erede, che, ciò nonostante, avesse acquistato l'eredità (vedi § 225). La perdita dell'eredità ha effetti simili a quelli che produce la fine della delazione, salvo quel che riguarda l'alienazione della eredità.

§ 208.

Alienazione dell'eredità.

L'alienazione dell'eredità, da non confondersi con quella di singoli oggetti ereditari, trasferisce nel compratore tutti i vantaggi e tutti gli svantaggi derivanti dall'acquisto dell'eredità. Le conseguenze sono che: 1° Il compratore dell'eredità ha tutto quello che avrebbe avuto il venditore come erede compresevi le porzioni vacanti, che vanno in accrescimento. Il venditore non è tenuto all'evizione dei singoli oggetti ereditari, dappoichè egli non ha venduto che quelli che avrebbe acquistato egli stesso, ma deve garantire la sua qualità di erede per la porzione venduta [1]. 2° Il compratore sopporta tutti gli oneri che gravitano sull'eredità, ma i creditori ed i legatari conservano le loro azioni contro il venditore, salvo a quest'ultimo il diritto di regresso verso il compratore [2]. 3° Rivivono i crediti già esistenti fra il venditore e il defunto, come pure debbono essere ristabiliti i diritti reali, che gravitano sui beni dell'uno a favore dell'altro e che si erano estinti per confusione [3]. 4° Il compratore può esercitare *utiliter* la petizione di eredità e l'azione di divisione, come del pari può essere convenuto con tali azioni.

---

[1] Paulus, fr. 7, 9, 13, *de hered. vend.*, XVIII, 3; Codice civile, art. 1545.

[2] Const. 2, *de hered. vend.*, IV, 39; Const. 2, *de leg.*, IV, 36.

[3] Pomponius, fr. 9, *comm. praed.*, VIII, 4; Ulpianus, fr. 2, §§ 18. 20, *de hered. vend.*, XVIII, 4.

CAPO IX.

Dei legati e fidecommessi singolari [1].

§ 209.

Dei legati in generale.

Il legato, nel senso ampio della parola, è quella disposizione d'ultima volontà, mediante la quale taluno conferisce ad una persona un beneficio economico a spese dell'eredità, pel caso e in vista della propria morte [2].

Il legato può ordinarsi con testamento o con codicillo. Per codicillo s'intende un atto meno solenne di ultima volontà col quale si può fare qualunque disposizione a causa di morte, all'infuori della istituzione e sostituzione di un erede, o della diseredazione. I codicilli sono pubblici o privati: i pubblici si consegnano al principe o si fanno verbalmente dinanzi al magistrato che ne redige un protocollo depositato poi nel pubblico archivio: i privati, siano scritti o noncupativi, richiedono cinque testimoni idonei e la contestualità.

L'antica giurisprudenza ammetteva che i legati formassero un acquisto a titolo singolare perfino nel caso che consistessero in una quota parte dell'eredità, per la ragione che

---

[1] Vedi GLÜCK-ARNDTS-FERRINI, *Pandette*, libri XXX-XXXII; MAYER, *Lehre v. d. Legaten und Fideicommissen*, Tubingen 1854; FERRINI, *Teoria dei legati*, Milano 1889; FADDA, *Sulla origine dei legati*, negli *Studi giuridici per l'VIII Centenario della Università di Bologna*; E. CARUSI in *Studi e doc. di st. e dir.* 1895 (fasc. 4) e 1896 (fasc. 1 e 2).

[2] I Romani dànno dei legati due definizioni. La prima è: *donatio quaedam a defuncto relicta* (§ 1, Inst., *de legat.*, II, 20; MODESTINUS, fr. 36, *de legatis*, II [31]); la seconda: *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (FLORENTINUS, fr. 116, pr. *de legatis*, I [30]): ma nè l'una nè l'altra colpiscono nel giusto.

chi non deriva direttamente i suoi diritti dal defunto, non può a rigore essere considerato suo rappresentante; ma la legislazione di Giustiniano, abbandonando questo rigore, ha ammesso anche la successione universale indiretta (§ 220).

I legati in senso ampio si dividono storicamente in *legata* e *fideicommissa singulae rei*. Il *legatum* (legato in senso stretto) era una disposizione fatta in termini imperativi rivolti, secondo i casi, al legatario stesso o all'erede; il *fideicommissum singulae rei* era qualunque altra disposizione che il defunto confidava alla buona fede del suo successore o di altra persona [1]. Il primo adunque era una legge imposta all'erede istituito e non poteva concepirsi che con formole solenni del diritto civile; il secondo era una preghiera che andava esente da ogni solennità e poteva ordinarsi in qualunque modo, perfino con semplici cenni.

§ 210.

Dei legati propriamente detti (legati).

Avuto riguardo alla formola, colla quale venivano ordinati, nel diritto antico si distinguevano quattro specie di legati, cioè *per vindicationem, per damnationem, sinendi modo* e *per praeceptionem*.

Legatum per vindicationem. — Il *legatum per vindicationem* si concepiva colle parole: « DO, LEGO » od anche colle altre: « SUMITO, CAPITO. SIBI HABETO ». Era chiamato *per vindicationem*, appunto perchè trasferiva direttamente (e senza alcun fatto dell'erede) la proprietà delle cose legate, di guisa che il legatario poteva senz'altro rivendicarle da qualunque detentore [2].

---

[1] ULPIAN., XXIV: *Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur: nam ea, quae precative modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.* XXV, 1: *Fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.*

[2] GAI., II, 139-194; ULPIAN., XXIV, 3. Lo stesso dicasi per altri di-

Per vindicationem potevano essere lasciate soltanto quelle cose delle quali il testatore aveva dominio quiritario all' epoca in cui aveva fatto il testamento ed a quella della sua morte; tuttavia per le cose fungibili bastava che avesse quel dominio all'epoca della sua morte.

Legatum per damnationem. — La formola di questa specie di legato era: « HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE » od anco: « DATO, FACITO, DARE IUBEO ». Questo legato non trasferiva direttamente la proprietà o l'*ius in re* al legatario, ma soltanto produceva in suo favore un' azione personale contro l' erede per chiedere la esecuzione del legato [2]. *Per damnationem* potevano essere legate le cose tutte, anche quelle che non erano nel dominio del testatore, ma che appartenevano all' erede stesso o ad un altro. In questo ultimo caso l' erede aveva l' obbligo di procurarsele o di pagarne il prezzo di stima [3]. Anzi poteva a questo modo obbligarsi l' erede a fare delle prestazioni a vantaggio del legatario (per esempio fabbricargli una casa, concedergli un mutuo a un dato interesse, ecc.).

Legatum sinendi modo. In questa specie di legato il testatore ingiungeva all' erede che permettesse al legatario di prendere l' oggetto legatogli. La formula era: « HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE L. TITIUN ILLAM REM SUMERE SIBIQUE HABERE ». In questo modo si potevano legare le cose del testatore, quanto quelle dell' erede, di cui ciascuno di essi avesse avuto la proprietà al momento della morte del testatore non mai le cose altrui. Il legato *sinendi modo* non trasferiva direttamente la proprietà nel legatario, ma gli conferiva soltanto una azione personale contro l' erede [4].

---

ritti reali diversi dalla proprietà. Così potevasi legare *per vindicationem* l' usufrutto di una cosa, nel quale caso il legatario diventava immediatamente titolare dell' usufrutto e aveva l'*actio confessoria* per far valere il suo diritto.

[1] GAI., II, 196; ULPIAN., XXIV, 7.

[2] Id. II, 201-204; ULPIAN., XXIV, 4; PAUL., III, § 10.

[3] Id. II, 202-203; ULPIAN., XXIV, 8-9.

[4] Id. II, 209-211; ULPIAN., XXIV, 5, 10.

Legatum per praeceptionem. — Con questo legato il testatore ordinava che uno dei coeredi, prima di dividere l'eredità, prendesse o prelevasse dalla massa ereditaria l'oggetto lasciatogli. La formola era concepita in questi termini: « L. TITIUS ILLAM REM PRAECIPITO ». I legati *per praeceptionem* non potevano farsi regolarmente che a favore di uno dei coeredi, dappoichè, come insegnavano i sabiniani, *praecipere* vuol dire prendere avanti a preferenza degli altri eredi, coi quali si deve dividere l'eredità; ma l'opinione de' Proculiani, secondo la quale la sillaba *prae* doveva reputarsi come non scritta quando il legato fosse stato in favore di un estraneo, finì per prevalere in pratica [1]. Così non si distingueva sostanzialmente questo legato da quello *per vindicationem.*

Da quanto abbiamo detto risulta che nel diritto romano antegiustinianeo si distinguevano due grandi categorie di legati: 1° *legatum per vindicationem* (legato di proprietà), di cui quello *per praeceptionem* è una sottospecie; 2° *legatum per damnationem* (legato di obbligazione), di cui è una sottospecie il legato *sinendi modo* [2].

Le differenze fra queste varie specie di legati furono considerevolmente modificate da un senatoconsulto decretato sotto Nerone, il quale stabilì che nel caso in cui il testatore avesse legato una cosa altrui con una formola, che non ammetteva che il legato di cose proprie del testatore o dell'erede, il legato dovesse essere valido, come se fosse stato disposto *per damnationem*, e produrre gli effetti che andavano congiunti a questa forma [3]. Più tardi l'imperatore Costanzo, uno dei figli di Costantino I, permise di ordinare qualunque delle quattro specie di legati con una formola qualsiasi [4]. Finalmente Giustiniano soppresse tutte le differenze del diritto antico, attribuendo a tutte le forme di legato i medesimi effetti. Si intende

---

[1] GAI., II, 217, 221.

[2] Per quanto storicamente il *legatum sinendi modo* precedesse quello *per damnationem* (FERRINI, *op. cit.*, Introduz., capo I).

[3] GAI., II, 197, 212, 218, 220, 222; ULPIANUS, XXV, 11. Vedi Ascoli, *Sul senatoconsulto Neroniano,* nell'*Archivio giur.*, XL, 329.

[4] Const. 21, *de legatis,* VI, 37.

però da sè che, malgrado questa disposizione di Giustiniano, gli effetti dei legati devono per la natura stessa delle cose essere diversi, secondochè la cosa legata appartenga al testatore o ad un terzo [1].

§ 211.

Dei fidecommessi singolari.

Il fidecommesso singolare è una disposizione di ultima volontà per la quale il testatore prega la persona che riceve qualche cosa della sua eredità di restituire una cosa o di pagare una determinata somma ad un terzo.

L' origine dei fidecommessi vuolsi ripetere dal desiderio di beneficare certe persone che erano incapaci di ricevere a causa di morte. Siccome non si poteva lasciare un legato agli incapaci, così si gravava l' erede di un fidecommesso a loro favore. La legge non garantiva punto queste disposizioni, ma la loro esecuzione dipendeva intieramente dalla lealtà di coloro, alla fede dei quali il testatore commetteva l' adempimento delle sue volontà (*testator fidei heredis committebat*) [2]. Augusto fu il primo che elevò i fidecommessi ad istituzione legale, quando erano lasciati a persone capaci, ordinando ai consoli di assicurare la esecuzione di quei fidecommessi, che sembrassero degni di questo favore. Ben presto si ammise in modo generale la forza obbligatoria dei fidecommessi, i quali vennero talmente in voga che si dovette creare un pretore speciale rivestito della giurisdizione dei fidecommessi (detto perciò *praetor fideicommissarius*), e nel tempo stesso si dovettero sottoporre gradatamente (almeno in gran parte) alle medesime restrizioni cui erano soggetti i legati [3].

I fidecommessi singolari avevano grandissima analogia coi

---

[1] Vedi in appresso, § 212.

[2] § 1, Inst., *de fideic. hered.*, II, 23; Gai., II, 285.

[3] Gai., II, 274. 275, 278. 285; Ulpian., XXV, 7, 12: § 1. *Inst.*, II, 23.

legati, dappoichè, al pari di questi, erano liberalità a titolo singolare ordinate in un atto di ultima volontà; ma in origine ne differivano e per la persona dell'onerato e per la forma e per gli effetti.

Quanto alla persona onerata, il *legatum* non poteva essere imposto che ad un erede testamentario [1], il *fideicommissum* poteva esserlo a chiunque riceveva qualche cosa dall'eredità del disponente, e per conseguenza non solo all'erede testamentario o legittimo, ma anche ad un legatario o fidecommissario [2].

Quanto alla forma, il *legatum* doveva ordinarsi per testamento o per codicillo testamentario confermato [3], *dopo* l'istituzione d'erede [4], in lingua latina e con parole solenni ed imperative [5]; il *fideicommissum* poteva essere ordinato senza formalità alcuna, purchè la volontà del disponente potesse venire constatata in iscritto o verbalmente, con parole qualsiasi, ed anche per cenni [6], prima o dopo l'istituzione d'erede [7].

Quanto agli effetti, i legati *per vindicationem* e *per praeceptionem* trasferivano direttamente la proprietà al legatario: il fidecommesso non creava in nessun caso che un rapporto obbligatorio (e tutt'al più, ove fosse possibile, un'azione ipotecaria, avente ad obbietto la cosa lasciata in fidecommesso) [8]. Sotto un certo rapporto i fidecommessi erano più vantaggiosi dei legati, dappoichè, mentre l'obbligazione verso il legatario era di stretto diritto, quella di chi era onerato del fidecommesso era di buona fede, e per conseguenza lo assoggettava, in caso di mora, ai frutti ed agli interessi [9].

[1] Gai., II, 270-271; Ulpian., XXIV, 20-21.

[2] Id. loc. cit.; Ulpian., XXV, 10; Ulpianus, fr. 1, § 2, *de legatis*, III. [32].

[3] Gai., II, 270; Ulpian., XXIV, 19.

[4] Id. II, 229; Ulpian., XXIV, 15; Paul., III, 6, § 2.

[5] Id. II, 193, 201, 209, 216, 281; Ulpian., XXIV, 1, 3-6.

[6] Id. II, 270, 273, 281; Ulpian., XXV, 1, 9; Paul., IV, 1 § 6.

[7] Id. II, 269; Ulpian., XXV, 8.

[8] Paul., IV, 1, § 13.

[9] Sotto questo rapporto però il *legatum sinendi modo* fu ben presto assimilato ai fidecommessi (Gai., II, 280).

Coll'andare del tempo i *legati* e i *fidecommessi* si avvicinarono sempre più, e finirono per confondersi in un solo istituto. Infatti da un lato i *legata* avevano già perduto del loro rigore in forza del senatoconsulto Neroniano e della costituzione di Costanzo, di cui abbiamo parlato alla fine del paragrafo precedente, dall'altro i *fidecommissa* furono assoggettati ad una certa forma dagli imperatori Costantino e Teodosio II, che del codicillo fecero un atto solenne [1].

Giustiniano assimilò completamente i legati ai fidecommessi, e nel diritto nuovo è tolta ogni differenza fra essi [2]; gli uni e gli altri godono di tutti i favori che anticamente non appartenevano che all'una o all'altra categoria [3]. D'ora in poi noi li comprenderemo sotto il nome comune di *legati*.

§ 212.

Delle persone che intervengono in un legato.

Ogni legato suppone necessariamente tre persone, cioè chi lo ordina (testatore), chi lo riceve (onorato) e chi lo deve prestare (onerato). Relativamente a queste persone valgono le seguenti regole:

Chiunque gode della capacità di testare gode eziandio della capacità di lasciare legati [4].

Chiunque è capace di essere istituito erede, è pure capace di essere onorato di un legato [5].

---

[1] Const. 1 e 7, *Cod. Theod.*, IV, 4; Const. 8, § 3, *de codic.*, VI, 36.

[2] Ulpianus, fr. 1, *de legatis*, I [30]: *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.* Const. 2, *commun. de legat. et fideic.*, VI, 53.

[3] § 3, Ist., II, 20: *.....et nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis hoc repleatur ex natura fidecommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura.*

[4] Marcianus, fr. 8 e 114 pr. *de legatis*, I; Ulpianus, fr. 1, pr. §§ 2, 3, *de legatis*, III. Vedi più sopra, § 183. — Arndts-Serafini, *Pandette*, § 542.

[5] §§ 24-77, Inst., *de legat.*, II, 20; Gai., II, 218. — Vedi sopra, § 187.

Chiunque acquista qualche cosa dell' eredità di un defunto in virtù di una liberalità diretta o indiretta, e non fortuitamente, può essere onerato della prestazione di un legato [1], il quale però non può mai obbligarlo oltre il valore dell' acquisto fatto sull' eredità stessa [2].

Se il testatore non ha designato la persona che debba prestare il legato, o ne ha aggravato in genere tutti gli eredi, questi debbono prestarlo in proporzione delle loro quote ereditarie [3]. Che se tutti o alcuni degli eredi sono stati aggravati del legato *nominativamente*, ciascuno è obbligato per una porzione virile salvochè, s' intende, il testatore non abbia manifestato una volontà contraria [4].

Il prelegato a favore di un coerede è perfettamente valido; ma se poi il coerede adisce l' eredità, esso si mantiene solo in quanto colpisce le porzioni ereditarie degli altri coeredi [5], ma non per la porzione del prelegatario [6], dappoichè nessuno può

---

[1] Ulpianus, fr. 1, §§ 6-10; fr. 2-6. *de legatis*, III; pr. Inst., *de sing. reb. per fid. rel.*, II, 24; Julianus, fr. 114, § 3, *de legatis*, II [31].

[2] Ulpianus, fr. 1, § 17, *ad SC. Treb.*, XXXVI, 1: *neminem oportere plus legati nomine praestare quam ad eum ex hereditate pervenit.* Vedi inoltre i testi citati in fine della nota precedente e più sotto, § 216.

[3] Modestinus, fr. 33, pr. *de legatis*, II [31].

[4] Neratius, fr. 124, *de legatis*, I: *Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, proprius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exequentur in legato praestando; qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent.* Pomponius, fr. 54, § 3, *eod.*: *Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes hereditarias.* Sull' apparente contraddizione col fr. 17, *de duob. reis stip.*, XLV, 2, vedi Filippo Serafini, nell'*Archivio giur.*, VII, 128-144: Sulla proporzione in cui più eredi debbono soddisfare un legato loro imposto, vedi nello stesso *Archivio* lo scritto di Mehlhaff (XII, 385-411, 483-514). — Cod. civ., art. 868.

[5] Scaevola, fr. 40, pr. *de legatis*, III, [32]; Ulpianus, fr. 1 e Pomponius, 116, § 1, *de legatis*, I [30].

[6] Fr. 1 § 6, *quod legat.*, XLVIII, 3; fr. 4 § 5; fr. 42, *fam. erciso.*, X, 2; fr. 34, § 1; fr. 88, § 2, *de legatis*, III. Vedi anche la nota precedente e Arndts-Serafini, *Pandette*, § 544, nota 2.

essere ad un tempo creditore e debitore del medesimo legato [1].

Che se il prelegatario rinuncia all'eredità, egli ha diritto a tutto il prelegato [2], e se egli muore prima d'averla accettata, tutto il prelegato passa ai suoi eredi [3].

§ 213.

Delle cose che possono formare oggetto di un legato [4].

Oggetto del legato può essere tutto ciò che è in commercio, purchè la prestazione che incombe all'onerato sia possibile e lecita, e non sia talmente indeterminata da dipendere dal suo mero arbitrio. Laonde è nullo il legato se la cosa è intieramente sottratta al commercio [5], e così pure se non può essere nel commercio del legatario [6], non però nel caso che sia

---

[1] *Heredi a semetipso legatum dari non potest* (FLORENTINUS, fr. 116, § 1, *de legatis*, I). *A semetipso ei inutiliter legatum videtur* (SCAEVOLA, fr. 34, § 11, *de legatis*, I). Si arriva così (ricordando i principii sul diritto di accrescimento) al risultato in apparenza bizzarro, ma profondamente logico, che un prelegato fatto a due coeredi profitta loro in ragione inversa della rispettiva loro quota ereditaria: quanto maggiore è la porzione ereditaria tanto minore è la parte del legato, e viceversa. Così si spiega il fr. 34, § 12, *de legatis*, I: *Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit,* UNCIARIUM *heredem* UNDECIM *partes in fundo habiturum,* COHEREDEM UNCIAM. Cfr. SCAEVOLA, fr. 34 § 11, FLORENTINUS, fr. 116, § 1, *cod.* — Consulta ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 544, nota 2; VANGEROW, *Pandette*, § 523, nota *B*.

[2] ULPIANUS, fr. 17, § 2; JULIANUS, fr. 18; PAPINIANUS, fr. 87 e JULIANUS, fr. 91, § 2, *de legatis*, I [30].

[3] Il fr. 74, § 1, *de legatis*, II, di ULPIANO, che gli scrittori credono contrario al principio enunciato nel testo, non fa che confermarlo, come credo di avere dimostrato nell'*Archivio giur.*, VII, 184. Cfr. FERRINI, *op. cit.*, lib. I, capo I, pag. 209 e seg.

[4] GLÜCK-ARDTS-FERRINI, *Pandette*, lib. XXX-XXXII, § 1548 e seg. e ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, III, § 541 e seg.

[5] § 4, Inst., *de legat.*, II, 20; ULPIANUS, fr. 39, §§ 9-10 *de legatis*, I [30].

[6] PAULUS, fr. 49, § 2, *de legatis*, II [31].

sottratta al commercio dell'onerato [1]. Del pari è nullo il legato se la cosa lasciata è già nel dominio assoluto ed irrevocabile del legatario, ancorchè poi la cosa esca dal suo patrimonio, e così si annulla il legato se poi la cosa entra nel dominio di lui per altra via [2]; tuttavia se il legatario ne avesse acquistato la proprietà a titolo oneroso dopo che fu fatto il testamento egli avrebbe l'azione di legato *(ex testamento)* per farsi indennizzare di quanto ha speso per l'acquisto [3]. Se la cosa spetta a un terzo, e il testatore lo sapeva, il legato è pienamente efficace [4]; l'onerato dovrà in tal caso procurarsi la cosa o pagarne la stima [5]. Che se il testatore ha legato una cosa appartenente a un terzo, credendola sua, dimodochè se avesse saputo il vero non l'avrebbe legata, il legatario non può pretendere che l'erede gli procacci la proprietà della cosa o gliene paghi il relativo valore [6]. Se il testatore, dopo aver lasciata una cosa in legato, l'avesse alienata, senza necessità, il legato si ritiene tacitamente revocato [7]. La circostanza che

[1] In tal caso, se la cosa appartiene ad un terzo, l'onerato deve pagare al legatario il prezzo di stima (Paulus, fr. 19 § 3, *de legatis*, II). Se però la cosa è prima legata alla persona mancante del commercio di essa, perchè la dia a un terzo capace di acquistarla, anche questo secondo legato sarà necessariamente nullo, essendo nullo il primo su cui riposa. S'intende quindi che la cosa sia pervenuta all'onerato a titolo ereditario *(nam res transit per universitatem)* o che sia stata legata a lui una cosa, di cui ha il commercio, coll'onere di darne altra, di cui egli il commercio non abbia.

[2] *Res mea plus quam semel mea esse non potest* (§ 10, *Inst.*, II, 20). Se fosse poi solo in parte, il legato sarebbe nullo per questa parte.

[3] § 6, Inst., *de legatis* I [30].

[4] La prova incombe al legatario (Marcianus, fr. 21, *de prob.*, XXII, 3).

[5] § , *Inst.*, II, 20; Ulpianus, fr. 39, § 7; Papinianus, fr. 61, § 3, *de legatis* I [30].

[6] § 4, *Inst.*, II, 20; Const. 10, *de legat.*, VI. 37. Se l'erede consegnasse la cosa altrui al legatario, questi ne acquisterebbe il possesso giuridico *(pro legato)* ed essendo in buona fede potrebbe usucapirla (Dig., *pro legato*, XLI, 8; cfr. Ulpianus, fr. 1 § 2, *de pubblic. act.*, VI, 2 e Paulus, fr. 11, § 1, *de usucap.*, XLI, 3).

[7] § 12, Inst. *de legat.*, II, 20; fr. 11 e 12 *de legatis*, III; Ulpianus,

la cosa legata appartiene all'onerato non dispensa quest'ultimo dall'obbligo di prestare il legato, nemmeno nel caso che il testatore l'avesse creduta sua erroneamente [1]. Se la cosa legata è gravata da enfiteusi, superficie, usufrutto od ipoteca in favore di un terzo, e il testatore lo sapeva, l'erede è obbligato a consegnarla al legatario libera da questi pesi, salva la prova dell'intenzione contraria del testatore [2].

§ 214.

Del modo di ordinare i legati.

I legati possono ordinarsi per testamento o per codicillo. Una dichiarazione d'ultima volontà che non è valida come testamento può valere come codicillo, quando lo abbia dichiarato il testatore, mediante la così detta clausola codicillare [3], semprechè, s'intende, esistano tutti i requisiti di un codicillo valido [4].

---

fr. 15 e 18, *de adim legat.*, XXXIV, 1. Se però avesse di nuovo acquistato la cosa alienata, potrebbe tal fatto servire d'indizio che abbia voluto rinnovare il legato, ma a ciò non basta una presunzione. PAULUS, fr. 15 e 27, pr. § 1, *de adim. legat.*, XXXIV, 1; cfr. CELSUS, fr. 79, 3, *de legatis*, III).

[1] PAPINIANUS, fr. 67, § 8, *de legatis*, III [31].

[2] PAPINIANUS, fr. 66, § 6, *de legatis*, II; cfr. ULPIANUS, fr. 57, *de legatis*, I (La frase finale *vel potest* del frammento 57 cit. ha dato luogo a molte difficoltà, ma esse spariscono ove si consideri che le parole *vel potest* hanno il significato di *et potest*. Vedi FORCELLINI, *Lexicon*, sub v. *vel*). Sul fr. 66, § 6, *de legatis*, II, di PAPINIANO vedi FIL. SERAFINI, nell'*Archivio giur.*, XVIII, 3 e seg. e contro BUONAMICI, nell'*Archivio giur.*, XVIII, 536-539. Se i diritti reali, che gravitano sulla cosa legata, competono al legatario, questi non ha diritto che alla proprietà della cosa (PAULUS, fr. 85, *de legatis*, II; Cod. civ., art. 892-894).

[3] La clausola codicillare è appunto quella nella quale il testatore dichiara che se il suo testamento non potrà valere come tale, valga almeno come codicillo (PAULUS, fr. 29, *qui test. fac. poss.*, XXXIII, 1; SCAEVOLA, fr. 13, *de inoff. test.*, V, 2).

[4] GAIUS, fr. 2 e SCAEVOLA, 36, *de legatis*, III. — Una singolare remissione delle formalità ha luogo nel così detto fidecommesso orale (§ 12, *Inst.*, II, 23).

Un legato può essere lasciato puramente, o con apposizione di termini, di condizione [1], di causa, di modo [2], o di dimostrazione.

Havvi legato con apposizione di causa, quando il testatore indica il motivo che lo ha indotto ad ordinarlo [3]. Un tale legato è valido, perfin allora che la causa indicata dal testatore sia erronea *(falsa causa non nocet)*, ammenochè non sia stata enunciata come condizione [4], o l'onerato non provi che se il testatore avesse saputo il vero non avrebbe fatto il legato [5].

Il legato *sub demonstratione* è quello che è accompagnato dall'indicazione di qualche qualità del legatario o della cosa legata [6]. Una dimostrazione erronea non vizia il legato *(falsa demonstratio non nocet)*, purchè però non dia luogo ad incertezza circa la vera volontà del testatore [7].

§ 215.

Acquisto dei legati.

Il principio fondamentale è che il legatario acquista il diritto al legato *ipso iure* anche a sua insaputa e senza bisogno di accettazione [8], ma non contro la sua volontà: egli ha fa-

---

[1] I legati possono nel diritto giustinianeo lasciarsi anche sotto condizione risolutiva e termine *ad quem* (Const. 26, *de legat.*, VI, 37).

[2] Se il legato è modale, l'onerato, soddisfacendo il legato stesso, può pretendere cauzione per l'adempimento del *modus* e chiedere la restituzione di ciò che diede nel caso di inadempimento.

[3] Per es.: *Lego a Seio mille scudi perchè mi servì fedelmente.*

[4] GAIUS, fr. 17, § 3, *de cond. et demonst.*, XXXV, 1.

[5] Id. fr. 17, § 2 e PAPINIANUS, fr. 74, § 6, *de cond. et demonstr.*, XXXV, 1.

[6] Per es.: *Lego a Sempronio la mia casa che comprai da Tizio.*

[7] § 30, Inst., *de legat.*, II, 20; SCAEVOLA, fr. 93, § 1, *de legatis*, III. — Nel resto valgono per le condizioni, il termine e il modo, i principii generali e le regole proprie di queste modalità, quando sono apposte all'istituzione dell'erede (vedi il vol. I, §§ 27-28 e sopra § 187).

[8] PAPINIANUS, fr. 77, § 3, *de legatis*, II; POMPONIUS, fr. 16, § 1, *qui test. fac.*, XXVIII, 1; fr. 24, pr. *de obl. et act.*, XLIV, 7.

coltà di rifiutarlo [1]. Il legato rifiutato si considera come non mai acquisito.

Intorno all'acquisto dei legati meritano speciale attenzione le due espressioni testuali « *dies legati cedit* » (acquisto del diritto al legato), e « *dies legati venit* » (esigibilità del legato).

Dies legati cedit significa che è giunto il momento nel quale il legatario ha acquistato il diritto al legato, talchè può trasmetterlo ai suoi eredi [2]. Di regola ciò avviene alla morte del testatore [3]: dissi *di regola* poichè se il legato venne lasciato sotto condizione sospensiva, il legatario non acquista il diritto su di esso se non dal momento in cui la condizione si è verificata [4]: e, se si tratta di legato da cui debba dipendere un diritto inerente alla persona del legatario, per esempio il legato di un usufrutto, esso non si acquista che al momento dell'adizione dell'eredità [5].

Dies legati venit significa essere giunto il momento nel quale il legatario acquista attualmente il diritto legato (proprietà, crediti, ecc.) e quindi da questo momento può esigere la prestazione del legato [6]. Tale *dies* non può venire se non dopo la adizione dell'eredità [7]: circostanze particolari, per esem-

---

[1] ULPIANUS, fr. 38, § 1; ULPIANUS, fr. 44, § 1 e JULIANUS, fr. 86, § 2, *de legatis*, 1 [30].

[2] CEDERE DIEM *significat incipere deberi pecuniam* (fr. 213, *de S. V.*).

[3] ULPIANUS, fr. 5, pr. *quando dies legati cedit*, XXXVI, 2. *Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum.*

[4] *Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies, cedit, quam conditio fuerit impleta* (ULPIANUS, fr. 5 § 2, *quando dies*, XXXVI, 2).

[5] ULPIANUS, fr. 9, *quando dies legati cedit*, XXXVI, 2). *Ad adita hereditate* cede il *dies* del legato fatto al servo, che nel testamento viene manomesso o viene legato ad altri. GAIUS, fr. 69, pr., *de legatis*, 1 [30].

VENIRE DIEM, *significat cum diem venisse, in quo pecunia peti possit* (ULPIANUS, fr. 213, pr. *de V. S.*, L, 16).

[7] *Omnia quae testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestentur* (MODESTINUS, fr. 32, pr. *de legatis*, II. Cod. civ., art. 862-865).

pio un termine apposto dal testatore, possono cagionare un ritardo ancora più lungo.

§ 216.

Effetti dell' acquisto dei legati.

DIRITTI DEL LEGATARIO. — L' acquisto del legato procura necessariamente al legatario un diritto di credito contro l'onerato, il quale è obbligato *(quasi ex contractu)* all' esecuzione del legato, e può esservi astretto con un' azione personale detta *actio personalis ex testamento* od *actio legati* [1]. Se però il legato ha per oggetto una cosa determinata *(species)* appartenente al patrimonio del testatore al tempo della sua morte, questa diventa di pien diritto proprietà del legatario, il quale può rivendicarla da qualunque possessore [2]. Lo stesso principio si applica al legato di un diritto reale frazionario, per esempio di un diritto di servitù sopra una cosa appartenente al testatore, e la corrispondente azione è l' *actio confessoria* [3].

In garanzia dei suoi diritti, il legatario ha un' ipoteca legale sui beni ereditari pervenuti alla persona onerata del legato [4].

DIRITTI DELL' ONERATO. — Il legatario non può mettersi arbitrariamente nel possesso della cosa legata, e se lo fa, l'onerato ha l' interdetto *quod legatorum* per ottenere la restituzione della cosa o il risarcimento di tutti i danni. L'onerato ha inoltre diritto al rimborso delle spese fatte per la cosa legata:

---

[1] Const. 4, *comm. de legat.*, VI, 43. — Vedi sopra, § 199.

[2] Const. 3. § 2. *comm. de legat.*, VI. 43; cfr. § 2, Inst., *de legat.*, II, 20. Vedi FERRINI. *Teoria dei legati*, pag. 53 e seg. e nel *Bullettino dell' Istituto di dir. rom.*, III, pag. 71, ove reca, a conferma di questa opinione, non incontestata, due passi decisivi di scrittori bizantini contemporanei a Giustiniano (Stefano e Doroteo).

[3] PAPINIANUS, fr. 80, *de legatis*, II [31]; Const. 1-3, *comm. de legat.*, VI, 43.

[4] Const. 9, *comm. de legat.*, VI, 43; cfr. § 2, Inst., *de legat.*, II, 20.

e da ultimo, quando l'eredità è troppo aggravata, ha il diritto importantissimo di ritenere la quarta Falcidia, della quale si parlerà nel paragrafo seguente.

§ 217.

Della legge Falcidia.

CENNI STORICI. — La legge delle XII Tavole permetteva al testatore di esaurire tutto il suo patrimonio in legati [1]. Di qui l'inconveniente che l'erede rifiutasse l'eredità, perchè non aveva nessun interesse ad accettarla, e il testamento rimanesse privo d'effetto *(destitutum)*. La prima legge che tentò di porre un argine a quella sfrenata libertà di testare, fu la legge *Furia* [2] *testamentaria* della prima metà del sesto secolo, la quale vietava di acquistare un legato che superasse 1000 assi [3]. Questa legge non ottenne l'intento, perchè moltiplicando i legati di mille assi, poteva il testatore consumare il suo patrimonio. Inoltre troppe erano le persone a cui la legge permetteva di legare oltre quel limite. A raggiungere meglio l'intento fu promulgato nell'anno 585 di Roma la legge *Voconia* [4], la quale, mentre permetteva di ordinare legati di qualunque somma, disponeva però che niuno potesse acquistare per legato più di quanto acquistava l'erede [5]; ma anche tale legge tornò insufficiente, perchè il testatore facendo molti piccoli legati poteva lasciare presso che nulla all'erede. Fu poscia emanata la legge *Falcidia* (dell'anno 714 di Roma), la quale abrogò le due leggi precedenti ed ordinò che l'erede avesse in ogni caso diritto alla

---

[1] UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI ITA IUS ESTO (ULPIANUS, XI, 14; GAI., II, 224).

[2] GOEPPERT, *De lege Furia*, Breslau 1858.

[3] Erano eccettuati da questo divieto i congiunti fino al sesto grado, compreso il *sobrino sobrinave natus* GAI., II, 225; ULPIANUS, XXVIII, 7; *Vat. Fragm.*, 301).

[4] VANGEROW, *Die Lex Voconia*, Heidelberg 1863.

[5] GAI., II, 226.

quarta parte della sua porzione ereditaria, deducendo, ove fosse d'uopo, proporzionalmente dai legati impostigli tanto quanto mancasse a formarla [1].

A CHI COMPETE LA QUARTA FALCIDIA. — La quarta Falcidia compete ad ogni erede testamentario o legittimo [2], non già al legatario ed al fidecommissario (neppure a titolo universale), ancorchè fossero essi pure gravati di legati o di fidecommessi [3]. Esistendo più coeredi, la legge Falcidia ha luogo per ciascun erede separatamente [4], e se viene a mancare uno dei coeredi, cosicchè la sua porzione ereditaria accresca quella degli altri, si debbono fare le seguenti distinzioni: 1° se una parte aggravata di qualche onere si unisce a quella che non è gravata, questa ultima rimane intatta come per lo innanzi, e la quarta si deduce dalla porzione aggravata; 2° se ambedue le porzioni sono aggravate si deduce la quarta separatamente dall'una e dall'altra, tranne che la porzione che si aggiunge poi sia la meno onerata; chè in tal caso si confondono le quote; 3° se infine una porzione libera va ad accrescere quella che è gravata, siccome v'è tutto profitto, le due porzioni si confondono, e la quarta non può dedursi che nel caso che gli oneri eccedano i tre quarti del totale [5].

QUALI ONERI SIANO SOGGETTI ALLA RIDUZIONE. — In diritto nuovo soggiacciono a riduzione i legati, i fidecommessi singolari, le donazioni in causa di morte e le donazioni fra coniugi [6].

---

[1] GAI., II, 227; ULPIAN., XXIV, 32; PAULUS, fr. 1, pr. *h. t.*

[2] In origine la quarta Falcidia non competeva che agli eredi testamentari (PAULUS, fr. 1, *ad leg. Falc.*, XXIV 2), ma un rescritto di Antonio Pio la estese agli eredi legittimi (PAULUS, fr. 18, *eod.*).

[3] ULPIANUS, fr. 47, § 1, *h. t.*, XXV, 2; fr. 22, § 5 e PAPINIANUS, fr. 55, § 2, *ad So. Treb.*, XXXIV, 1.

[4] GAIUS, fr. 77, *h. t.*, XXXV, 2.

[5] Id. fr. 78 e JULIANUS, fr. 87, § 4, *h. t.*, XXXV, 2.

[6] In origine la legge Falcidia non si applicava che ai *legati* (GAI., II, 227; PAULUS, fr. 1 *h. t.*, XXXV, 2); ma il principio che le servì di base fu generalizzato e si estese a tutti gli acquisti per causa di morte (GAI, II, 254; PAULUS, III, 8, § 1; IV, 3, § 3; GAIUS, fr. 77, *h. t.*, XXXV, 2;

Calcolo della quarta Falcidia. — Per calcolare se all'erede resta libera la quarta, è necessario constatare lo stato attivo e passivo dell'eredità nel momento della morte del testatore, senza riguardo agli aumenti e alle diminuzioni posteriori a quell'epoca. Dall'attivo si detraggono i prezzi dei servi manomessi, le spese funerarie, tutti i debiti, le spese di inventario e di successione. L'attivo così depurato va poi diviso in maniera che un quarto resti libero all'erede, e tre quarti vengano compartiti fra i legatari [1]. Se questi tre quarti dell'attivo non bastano a pagare per intero i legati [2], essi vengono ridotti in proporzione della loro stima [3]; ammenochè il testatore non avesse dichiarato quali dei legati dovessero andare sottoposti a riduzione [4].

L'erede deve imputare nella quarta dovutagli quello che riceve come erede, non quello che acquista come legatario: laonde se egli è stato onerato di un prelegato, non lo imputa che per quella porzione che come erede dovrebbe pagare a se stesso [5]. Nè è tenuto a imputare quanto acquista come capiente *mortis causa*, per la sua industria e attività (p. es. se vende per una somma a un terzo l'eredità oberata), ecc.

Eccezioni. — La deduzione della quarta non ha luogo: 1° nel testamento dei militari; 2° (pel diritto delle Novelle) se il testatore l'ha vietata; 3° se l'erede vi ha espressamente o tacitamente rinunciato; 4° se l'erede ha trascurato di fare l'inventario; 5° nel fidecommesso universale quando l'erede è stato costretto ad accettare l'eredità, e finalmente in alcuni casi di legati privilegiati.

Const. 5, *ad leg. Falc.*, VI, 50; fr. 32, § 1, *de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1).

[1] Paulus, fr. 1, § 19; fr. 36, § 2; fr. 39; Gaius, fr. 72, *h. t.*, XXXV, 2.

[2] Ciò che si dice dei legati vale anche pei fidecommessi e per le donazioni in causa di morte.

[3] Se fra i legati ve ne sono alcuni di alimenti, di usufrutto o di prestazioni vitalizie, queste si devono stimare secondo la presunta durata della vita del legatario (Aemilius Macer, fr. 68, *h. t.*, XXXV, 2).

[4] Marcellus, fr. 54; Africanus, fr. 88 § 2, *h. t.*, XXXV, 2.

[5] Gaius, fr. 74, 76; Marcianus, fr. 89, 91, *h. t.*, XXXV, 2.

§ 218.

Della invalidità dei legati.

Il legato, la cui vita si inizia col testamento o codicillo che lo contiene, non si perfeziona interamente che alla morte del testatore. Il legato può essere già affetto da nullità nella sua prima radice: può anche, pur essendo incensurabile la disposizione in cui viene ordinato, essere impedito, da qualche ostacolo sopraggiunto, di arrivare alla sua giuridica perfezione.

Il legato, al quale manchi uno dei requisiti essenziali alla sua validità, o perchè fatto da un incapace o in favore di un incapace, o perchè non ha oggetto, o finalmente perchè presenta un vizio di forma, è giuridicamente inesistente, e rimane tale comunque in seguito venga a cessare la causa della sua nullità.

È questo un principio generale [1], che applicato ai legati venne da Catone formulato in questi termini: « un legato che sarebbe stato nullo se il testatore fosse morto subito dopo averlo ordinato deve rimanere nullo qualunque sia l'epoca della sua morte » [2]. Questa formula ebbe il nome di regola Catoniana [3]. Essa però non trovava applicazione nei legati che non scadevano *tempore mortis*, per esempio nei legati condizionali [4].

Inoltre un legato è nullo per la parte eccedente la misura consentita dalla legge Falcidia, poichè questa è una *lex perfecta*: quindi trattandosi di legato di cose corporali, sorge comproprietà

---

[1] *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest* (Paulus, fr. 29, *de reg. iur.*, L. 17; cfr. Javolenus, fr. 201, *eod.*).

[2] Celsus, fr. 1 pr. *de reg. Caton.*, XXXIV, 7. È affatto ignoto quale dei Catoni abbia introdotto questa regola. È poi molto controversa l'applicabilità della regola Catoniana al diritto giustinianeo. Vedi Arndts. nel *Rheinisches Museum*, V, 241.

[3] Simoncelli, nella parte prima del *Volume in onore di Fr. Schupfer*, 229-236; Borgna G., *Origine e fondamento della regola catoniana* e *La regola caton. rispetto all' istituz. di erede* - Cagliari, 1909.

[4] Papinianus, fr. 3, *de reg. Caton.*, XXXIV, 7; Ulpianus, fr. 41, § 2, *de legatis*, I [30].

tra l'onorato e l'onerato, nella ragione rispettiva della misura consentita dalla legge e dall'eccedente [1].

Un legato può divenire invalido in seguito di tempo per *ademptio, translatio, extinctio* e per altre cause meno importanti.

Ademptio (revoca). — Nel diritto nuovo i legati possono essere revocati per qualunque manifestazione di volontà espressa o tacita [2]. Un caso di revoca tacita del legato è l'alienazione volontaria dell'oggetto legato, fatta senza necessità [3].

Translatio. - La translazione è nella teoria dei legati ciò che è la novazione nelle obbligazioni: essa è la sostituzione di un legato nuovo all'antico, e si opera in quattro modi, cioè cambiando la persona del legatario, o quella di colui che deve prestarlo, o la cosa legata, o la modalità della disposizione [4].

Extinctio. — Il legato si estingue per le seguenti circostanze indipendenti dalla volontà del testatore: 1° se il testatore perde la testamentifazione; 2° se viene a mancare l'onerato, senza che un altro subentri in suo luogo e vece; 3° se il legatario premuore al testatore, o se, sopravvivendogli, muore prima di aver acquistato il diritto al legato e senza avere un collegatario; 4° se non si verifica la condizione dalla quale dipende l'acquisto

---

[1] GAIUS, fr. 73, § 5, *ad leg. Falc.*, XXXV, 3; ULPIANUS, fr. 1 § 6, *quod legat.*, XVIII.

[2] Nell'antico diritto la revoca di un legato doveva esser fatta colle stesse formule solenni ch'erano state adoperate nell'ordinarlo (ULPIANUS, XXVI, 29). Colla fazione di un nuovo testamento non solo è tacitamente e per intiero revocato l'anteriore, ma anche sono revocati i codicilli anteriori, come pure i testamenti muniti della clausola codicillare, semprechè non risulti una contraria volontà del testatore. Un nuovo codicillo non estingue il precedente se non in quanto il contenuto dell'uno sia inconciliabile con quello dell'altro.

[3] MODESTINUS, fr. 18; PAPINIANUS, fr. 24, § 1, *de adim. leg.*, XXXIV, 4. Vedi sopra, § 213. Un altro caso vedi più sotto, § 220, ove si parla del *legatum nominis.*

[4] Fr. 6, pr. *de adim. leg.*, XXXIV, 4: *Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur, ut alius det aut quum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.*

del legato; 5° se la specie legata perisce senza colpa e senza fatto [1] dell'erede; 6° se il legatario ha già acquistato a titolo meramente lucrativo la medesima cosa, che gli venne legata; e 7° finalmente se diviene invalido il testamento, che contiene il legato [2].

Vi sono poi alcuni casi in cui il legato si ritiene per non scritto [3], ed altri in cui viene sottratto al legatario come indegno [4]. Nel primo caso ordinariamente l'onerato sente vantaggio dall'inutilità del lascito. Può darsi tuttavia che il testatore abbia sostituito un altro legatario, come può avvenire che il legato passi al collegatario per diritto di accrescimento. Nel secondo caso, cioè nel caso d'indegnità, di solito il legato è tolto all'onerato a beneficio del fisco.

§ 219.

Del diritto di accrescimento.

Il diritto di accrescimento fra collegatari ha luogo quando un medesimo legato è fatto a più persone, una delle quali venga a mancare prima di avere acquistato il diritto al legato stesso.

Nel diritto antegiustinianeo il diritto di accrescimento non aveva luogo che nei legati di proprietà [5], non mai in quelli

---

[1] Cfr., per esempio, PAULUS, fr. 91, § 2, *de verb. obl.*, XLV, 1. Se la cosa perisce per fatto dell'erede o viene posta per tal fatto fuori di commercio, ancorchè senza sua colpa, perdura la sua obbligazione ed è tenuto a presentare la *aestimatio*. Vedi però su questo proposito FERRINI, nell'*Archiv für d. civ. Praxis*, LXXVIII, 321.

[2] Vedi su tutto ciò l'ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 552.

[3] Tit. Dig., XXXIV, 8 *de his quae pro non script. habentur*.

[4] Vedi più sotto, § 226.

[5] GAI., II, 199, 223; ULPIAN., XXIV, 12.

di obbligazione e nei fidecommessi, poichè valeva il principio che *damnatio partes facit* [1]; Giustiniano lo estese a tutti [2].

Perchè possa farsi luogo al diritto di accrescimento fra collegatari, è necessaria la vocazione all' identico legato. Legati distinti non si accrescono mai l' uno all' altro per la semplice ragione che il legatario non ha, come l' erede, diritto all'universalità della successione. Per conseguenza non può parlarsi di accrescimento fra collegatari se non quando sieno *re coniuncti*; lo sieno o no anche *verbis* poco monta: quelli invece che sono congiunti soltanto *verbis* o non sono congiunti nè realmente nè verbalmente, non hanno mai diritto all' accrescimento [3].

I collegatari congiunti soltanto per l' identità della cosa loro lasciata *(re coniuncti)* acquistano la parte vacante ancorchè non la vogliano, ma senza oneri, perocchè essi sono separatamente chiamati alla totalità della cosa: quelli che sono onorati

---

[1] GAI., II, 205-208; ULPIAN., XXIV. 12-13. Nel diritto classico, in forza delle leggi Julia e Papia, il *caducum* sostituì di regola nei legati il diritto di accrescimento: ma le disposizioni di queste leggi furono abolite da Giustiniano.

[2] § 8, Inst., *de legat.*, II, 20; Const. un., § 11, *de caduc. toll.*, VI. 51. Quindi i passi dei giureconsulti classici furono, mediante numerose interpolazioni, accomodati al diritto giustinianeo. Vedi specialmente PAULUS, fr. 33, *de legatis*, I (che è in gran parte fattura dei compilatori) e ULPIANUS, fr. 34 § 9 e seg., *eod.*

[3] JULIANUS, fr. 81, § 12, *de legatis*, fr. I [30]. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 556, nota 5. Ma se per regola generale fra i collegatari congiunti soltanto nelle parole non si fa luogo al diritto di accrescimento, questa regola vale solo nei casi dubbi, ma cessa di fronte alla intenzione contraria del testatore, dappoichè nelle disposizioni di ultima volontà tutto dipende dall' interpretare la presunta volontà dei testatori. È colla scorta di questo principio che va spiegata la decisione di GIAVOLENO, nel fr. 41, pr. *de legatis* II [31], sul quale rimandiamo a quanto abbiamo detto nell'*Archivio giur.*, XIV, 42 e seg. Vedi ora ARNÒ, *La glossa e la legge 41 pr. D. de leg. II*, nella parte I del *Volume in onore di Fr. Schupfer*, pag. 15-33. L'ARNÒ sostiene la non genuinità del testo, avendo creduto i compilatori di modificare il giudizio di Giavoleno, perfetto ai tempi del giurista classico, forse non più ritenuto sostanzialmente equo in tempi nei quali si dava la prevalenza nelle decisioni alla presunta volontà del testatore. Contro Arnò vedi DI MARZO, nel *Circolo giuridico*, XXX, parte I, 1889.

del medesimo legato nella medesima proposizione acquistano la parte vacante, se a loro piace, ma coll' obbligo di sopportare l' onere del quale è stata gravata dal testatore [1].

§ 220.

Di alcuni legati in particolare.

LEGATUM SPECIEI. — Se l' oggetto del legato è una cosa individualmente determinata, questa dev' essere consegnata al legatario nello stato in cui si trova al momento in cui il legato è esigibile quando anche siasi nel frattempo deteriorata purchè senza colpa dell' erede: per conseguenza, quando si tratta di fondi, colle rispettive servitù prediali che ad essi o su di essi competono [2].

LEGATUM UNIVERSITATIS. — Se oggetto del legato è una universalità di cose, per esempio un gregge, il legatario ha diritto a tutte le cose che al momento della morte del testatore formavano parte del tutto [3].

LEGATO DI UNA SOMMA O QUANTITÀ. Se venne legata una determinata somma o quantità di cose fungibili, senz'altra limi-

---

[1] Const. un., *de cad. toll.*, VI, 51; ULPIANUS, cfr. fr. 34 *de legatis*, I [30]. Vedi sul diritto di accrescimento fra collegatari: FIL. SERAFINI, nell'*Archivio giur.*, XIV, 37-54. Sul diritto di accrescimento nel legato di usufrutto di una cosa, vedi ARNÒ, nell'*Archivio giur.*, LV, 288-303; GLÜCK-SERAFINI, *Pandette*, VII, § 673 *a*; GLÜCK-ARNDTS-FERRINI, *Pandette*, XXX, XXXI, XXXII, § 1524 *a*; VENEZIAN, nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, IX, fasc. 1-2.

[2] POMPONIUS, fr. 24, § 2; fr. 45, § 2; GAIUS, fr. 69, § 3, *de legatis*, I; CELSUS, fr. 29, *de legatis*, II; POMPONIUS, fr. 16; PAPINIANUS, fr. 91, §§ 3-6, *de legatis*, III. Se la cosa è gravata di enfiteusi, superficie, ipoteche o di una servitù personale, valgono i principii esposti al § 213 (ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 569). Quanto ai frutti, il legatario ne acquista la proprietà dal momento in cui acquista la cosa stessa. Però ha diritto in ogni caso alla restituzione dei frutti percetti e percipiendi dopo la contestazione della lite (Const. 4, *de usur. et fruct.*, VI, 47).

[3] § 18, INS., *de legat.*, II, 20; ULPIANUS: fr. 21, *de legatis*, I [30]; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 570.

tazione, il legatario vi ha diritto anche nel caso che nell'eredità non esistano cose di quel genere [1]: se non è determinata la *qualità*, sta in arbitrio dell'onerato di dare le cose di quella qualità che più gli aggrada [2]. Se vennero legate cose fungibili senza indicazione della *quantità* il legatario ha diritto a quelle che si trovano nell'eredità [3].

LEGATO DI UNA RENDITA. - È questo legato di una somma o quantità la cui prestazione deve rinnovarsi ad epoche periodiche (*legatum annuum, menstruum*). Esso costituisce tanti legati, quante sono le prestazioni periodiche da farsi [4], e ciascuno di essi ha il suo proprio *dies cedens* a differenza del legato di una somma totale da pagarsi in più rate, che è invece un legato unico. Salva una disposizione contraria del testatore, il legatario acquista il diritto al legato di ogni singolo periodo, tostochè questo è incominciato [5].

LEGATO DI ALIMENTI. - Anch'esso, al pari del legato periodico, comprende tanti legati, quanti sono i periodi, nei quali gli alimenti debbono essere prestati [6]: in dubbio dura per tutta la vita del legatario [7]. In mancanza di particolari disposizioni, il legato di alimenti contiene vitto, vestiario, abitazione, ma non le spese di educazione [8]. Questo legato, se lasciato a persona incapace di essere erede, può per speciale concessione del principe aver tuttavia effetto [9]: se lasciato fino alla pubertà del legatario, si intende alla *plena pubertas* [10] (cioè a 18 anni nei maschi ed a 14 nelle femmine); ed una revoca generale dei

---

[1] ULPIANUS, fr. 3, pr. *de tritico leg.*, XXXIII, 6.

[2] PAULUS, fr. 4, *eod.*, XXXIII, 6.

[3] ULPIANUS, fr. 1-6 *eod.*; PAPINIANUS, fr. 51, *de legatis*, I [30]; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 471.

[4] ULPIANUS, fr. 10 e JULIANUS, fr. 11, *quando dies*, XXXVI, 2.

[5] PAULUS, fr. 4; MODESTINUS, fr. 5; GAI., fr. 8; PAULUS, fr. 11 e ALFENUS VARUS, 22, *de ann. leg.*, XXXIII, 1; Cod. civ., art. 867.

[6] MARCIANUS, fr. 20, *quando dies*, XXXVI, 2.

[7] PAPINIANUS, fr. 26, *eod.*

[8] MODESTINUS, fr. 5; ULPIANUS, fr. 7; PAULUS, fr. 21 e ULPIANUS, fr. 23, *de alim. leg.*, XXXIV, 1; Cod. civ., art. 846.

[9] PAULUS, fr. 11, *de alim. leg.*, XXXIV, 1.

[10] PAULUS, fr. 14, § 1, *h. t.*, XXXIV, 1.

legati non si estende in dubbio a quello degli alimenti [1]. Sono vietate anche le transazioni circa i legati alimentari, senza omologazione del pretore.

LEGATUM GENERIS. - Se il legato ha per oggetto una cosa determinata soltanto per i suoi caratteri generici, per esempio un cavallo, la scelta spetta in dubbio al legatario ma non si esercita che sugli oggetti del genere indicato, che si trovano nell'eredità [2]. Ma se anche non esistessero cose del genere indicato nell'eredità, il legato sarebbe nondimeno valido, semprechè non manchi della determinazione sufficiente [3] o non sia manifesta un'intenzione contraria del testatore.

LEGATO DI DIRITTI REALI. — Il testatore può legare un diritto reale che gli compete sopra una cosa altrui, semprechè sia alienabile [4], per esempio un diritto di pegno, di enfiteusi o di superficie [5], come può svincolare la cosa del legatario dai diritti reali, che ad esso testatore competano su di essa [6]. Il testatore può anche costituire diritti reali [7], nel quale caso se la cosa appartiene all'eredità il legatario acquista immediatamente il diritto reale [8]: mentre se la cosa appartiene all'onerato il legatario non ha che un'azione personale per ottenere la con-

[1] SCAEVOLA, fr. 18 § 3, *h. t.*, XXXIV, 1.

[2] Il legatario però non può scegliere la cosa ottima, salvochè non gliene sia stato conferito il diritto (vedi in fine di questo stesso paragrafo); come pure l'erede, se la scelta spetta a lui, non può obbligare il legatario a ricevere la peggiore. Vedi § 22, Inst., *de legat.*, II, 20; ULPIANUS, fr. 71, pr. *de legatis*, I. Pel Codice civile italiano la scelta spetta per regola generale all'erede, il quale non è obbligato a dare l'ottima, nè può offrirla d'infima qualità (art. 870). Sul legato di cosa o quantità da prendersi da un certo luogo vedi BIANCHI, nell'*Archivio giur.*, IX, 510-520, e sul diritto di scelta della cosa legata la dotta monografia del DE-GIOVANNIS, nello stesso *Archivio*, XIV, 121-167; 331-438.

[3] PAPINIANUS, fr. 69, § 4, *de iure dot.*,, XXIII, 3.

[4] § 4, Inst., *de servit.*, II, 3; § 3, *de usufr.*, II, 4; Const. un., *comm. de legatis*, VI, 43.

[5] ULPIANUS, fr. 71 § 6, *de legatis*, I [30]; fr. 1, § 7, *de superf.*, XLIII, 18.

[6] ULPIANUS, fr. 71, § 5; JULIANUS, fr. 86, § 4, *de legatis*, I [30].

[7] Vedi il vol. I, §§ 83, 88, 90, 94.

[8] Const. 1. *comm. de leg.*, VI, 43 e nota precedente.

cessione, e se appartiene ad un terzo, l'onerato ha l'obbligo di procurare al legatario il diritto reale sulla medesima o di pagargli il valore a ragione di stima [1]. Se venne legata una servitù personale, il legatario non acquista il diritto al legato se non dopo l'adizione dell'eredità. L'usufrutto può essere lasciato a più persone in comune, nel qual caso si ammette il diritto di accrescimento anche dopo che tutti i legatari l'abbiano acquistato [2]. Si può lasciare ad uno l'usufrutto, ad un altro la proprietà, od anche legare a qualcuno una cosa con deduzione dell'usufrutto. Se il testatore lega ad uno la cosa (senza deduzione dell'usufrutto) e ad un altro l'usufrutto di essa, s'intende che il primo acquisti la nuda proprietà dell'intero e per metà l'usufrutto della cosa. Finalmente si può legare anche l'usufrutto di un'eredità o di una porzione ereditaria [3].

LEGATUM NOMINIS. — Il testatore può legare il credito che ha verso un terzo. Tale legato, perciò detto *nominis*, non trasferisce direttamente il credito al legatario, ma l'erede è obbligato a cedergli le azioni contro il debitore [4]: nel diritto nuovo il legatario può anche senza cessione, far valere il credito con un'*actio utilis* [5]. Il legato di credito è nullo se nulla è dovuto, e si estingue se il debito è stato pagato prima della morte del testatore [6], salvochè non risulti dalle circostanze che il testatore ha ricevuto il pagamento senza l'intenzione di revocare il legato [7]. S'intende poi da sè che il legatario conserva la sua azione se il debito fu pagato all'erede [8].

---

[1] Const. *de usufr.*, VII, 1. Valgono anche qui i principii relativi al legato di cosa altrui (§ 213).

[2] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 575, nota 3; F. SERAFINI, nell'*Archivio giur.*, XIV, 45 e SEGRÈ, nel *Filangieri*, XIII, n. 6.

[3] Vedi su tutto questo ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 575.

[4] § 21, Inst., *de legat.*, II, 20; ULPIANUS, fr. 44, § 6, *de legatis*, I [30].

[5] Const. 18, *de legat.*, VI, 37.

[6] ULPIANUS, fr. 75, §§ 1, 2; JULIANUS, fr. 82, § 5, *de legatis*, I; Cod. civ., art. 844.

[7] Per esempio, se il testatore ha messo da parte la cosa o la somma pagatagli spontaneamente dal debitore. ULPIANUS, fr. 11, § 13; AFRICANUS, fr. 64, *de legatis*, III; cfr. SCAEVOLA, fr. 31, § 3, *de alim. legat.* XXXIV, 4.

[8] TERENTIUS, fr. 21, § 2, *de lib. leg.*, XXXIV, 3.

LEGATUM LIBERATIONIS. — Il testatore può lasciare il suo credito allo stesso debitore, vale a dire liberarlo da un debito, che ha verso di lui. Tale legato conferisce al legatario il diritto di chiedere dall'erede la sua liberazione mediante *acceptilatio* o *pactum de non petendo,* quando non preferisca di respingere con un'eccezione di dolo l'erede, che chiedesse il pagamento [1]. Anche questo legato diventa inefficace se il debito fu pagato al testatore: che se il legatario, nulla sapendo del legato abbia erroneamente pagato il debito all'erede, ha diritto alla ripetizione [2]. È nullo il legato, se il supposto credito punto non esiste [3].

Tanto il legato di credito, quanto quello di liberazione possono riferirsi ai crediti d'altra persona, che non sia il testatore, cioè ai crediti dell'erede o di terzi [4].

LEGATUM DEBITI. — Se il testatore lascia per legato al suo creditore ciò di cui gli va debitore, il legato vale se, sotto un rapporto qualunque, il credito nascente dal legato presenta un vantaggio di fronte al credito, che già apparteneva al legatario [5]; altrimenti è nullo per mancanza d'interesse [6]. Il legato di debito, è valido anche nel caso che il supposto debito non esista [7],

---

[1] ULPIANUS, fr. 3, § 3; fr. 7, ℣ 1 e PAPINIANUS, fr. 22, *de lib. leg.*, XXXIV, 3.

[2] ULPIANUS, fr. 7, § 4, *de lib. leg.*, XXXIV, 3; fr. 26, ℣ 6, *de cond. ind.*, XII, 6.

[3] ULPIANUS, fr. 75, ℣ 2, *de legatis*, I [30]; PAULUS, fr. 25, *de lib. leg.*, XXXIV, 3.

[4] Il testatore può, per esempio, imporre all'erede di cedere un suo credito al legatario, nel qual caso quest'ultimo non ha diritto che alla cessione delle azioni; o può imporgli di liberare il legatario da un debito che questi ha verso l'erede.

[5] Il legato di debito può esser vantaggioso al creditore, inquantochè rimuove le eccezioni che il debito poteva patire, rende puro ed esigibile subito il credito soggetto a condizione o a termine. Il semplice vantaggio processuale, la qualità reale dell'azione e neppur l'*actio hypothecaria* del diritto nuovo, non bastano però a costituire valido il legato.

[6] ℣℣ 14 e 15, Inst., *de legat.*, II, 20; JULIANUS, fr. 11 e SCAEVOLA, fr. 28, § 3, *de lib. leg.*, XXXIV, 3.

[7] Per esempio: *Lego a Sempronio le mille lire che gli devo,* § 15, Inst., *de legat.*, II, 20; ULPIANUS, fr. 75, ℣ 1, *de legatis*, I. SCAEVOLA, fr. 88,

semprechè non manchi della necessaria determinazione. Infatti qui si tratta semplicemente di applicare il principio, che *falsa causa legatum non peremit.*

Legato alternativo o di scelta. — Il legato può essere diretto ad una di più cose o prestazioni, a scelta. Il testatore può accordare la scelta a chi gli aggrada [1]. Se vennero lasciati oggetti o diritti reali su oggetti ereditari, la scelta spetta, in dubbio, al legatario [2], negli altri casi all'onerato [3].

Se viene espressamente conferito al legatario il diritto di scegliere fra più cose di un dato genere, il legato dicesi più propriamente *legatum optionis seu electionis* [4], e il legatario può scegliere a suo piacimento quella fra le cose ereditarie del genere indicato che più gli aggrada, fosse anche la migliore, mentre nel legato di un genere ha bensì in dubbio la scelta fra le cose esistenti, ma non può senz'altro scegliere la migliore, come all'incontro l'erede, che ha simile diritto, non può consegnare la peggiore [5].

---

§ 10. *de legatis*, II: Paulus, fr. 25, *de lib. leg.*, XXXIV, 3. Vedi la nota seguente.

[1] Julianus, fr. 84, §§ 9, 11, *de legatis*, I; Const. 3, § 1, *comm. de leg.*, VI, 43.

[2] Ulpianus, fr. 31, § 14; Africanus, fr. 108, § 5, *de legatis*, I; Marcellus, fr. 23, *de legatis*, II; § 22, Inst., *de legat.*, II, 20; Const. 1, *comm. de legat.*, VI, 43.

[3] Africanus, fr. 109, § 1, *de legatis*, I; Celsus, fr. 15, 19; Pomponius, fr. 43, § 3, *de legatis*, II; Labeo, fr. 29, § 1, *de legatis*, III.

[4] Ferrini, *Studi sul « legatum optionis »*, Milano 1885; Segrè, *Studio esegetico sul fr. 99 de legatis*, I, nel *Filangieri*, XIII, n. 6.

[5] § 23, Inst., *de legat.*, II, II, 20; fr. 2, pr. *de opt. leg.*, XXXIII, 5. Vedi più sopra, pag. 328, nota 4; Arndts-Serafini, *Pandette*, § 479.

CAPO X.

Dei fidecommessi universali [1].

§ 221.

Nozione e storia del fidecommesso universale.

Il fidecommesso universale è quella disposizione d'ultima volontà colla quale il testatore incarica il suo erede [2] di restituire tutta o parte dell'eredità ad un terzo. L'erede a cui è affidata questa commissione chiamasi *fiduciario*, e il terzo, a cui deve farsi la restituzione, *fidecommissario*.

Nel diritto antigiustinianeo si distingueva il legato di quotità *(partitio legata)* dal fidecommesso dell'eredità *(fideicommissum hereditatis)*.

Partitio legata seu legatum partitionis. — Non era lecito lasciare l'intiera eredità in legato, poichè vi si opponevano la *lex Voconia* e la *lex Falcidia*. Era bensì lecito al testatore di imporre all'erede di dividere la sua eredità con una terza persona secondo date proporzioni, cioè in parti eguali o disuguali [3]. La persona, colla quale l'erede doveva dividere l'eredità, chiamavasi *partiarius* (legatario di una parte aliquota dell'eredità) e la parte che l'erede era obbligato a dare al legatario parziario dicevasi *partitio* [4]. Il legatario parziario non era consi-

---

[1] MILONE. *Il fidecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli 1896. Per il diritto odierno vedi CUTURI. *Dei fidecommessi e delle sostituzioni*, Città di Castello 1889.

[2] Oppure un fidecommissario a titolo universale (vedi § 122).

[3] Per esempio: HERES MEUS CUM TITIO HEREDITATEM PARTITO. In questo caso, siccome il testatore non aveva fissato la parte aliquota, che l'erede doveva pagare al legatario, s'intendeva la metà. Vedi ARNDTS-SERAFINI. *Pandette*, § 580 e seg.

[4] GAI., II, 254; ULPIANUS, XXV, 15; cfr. § 5, Inst., *de fid. her.*, II, 23. I Sabiniani anzi opinavano che l'onerato potesse liberarsi, offrendo la *aestimatio* in denaro della quota legata: ULPIANUS, fr. 21, *de legatis*, I [30].

derato come coerede, ma come semplice successore a titolo particolare; quindi l'erede succedeva da solo nei debiti e nei crediti del defunto, egli solo aveva azione contro i debitori dell'eredità e poteva essere convenuto dai creditori della medesima [1]. Per tale motivo si sentiva il bisogno di convenzioni fra l'erede e il legatario parziario relativamente a tali crediti e debiti ereditari, con le quali l'erede promettesse di dividere quanto avesse riscosso dai creditori, ed il legatario di rimborsare all'erede quella porzione dei debiti ereditari che questi avesse pagata per lui. Tali convenzioni furono rivestite della forma della stipulazione, ed ebbero nome di *stipulationes partis et pro parte* [2].

Il legatum partitionis, nel significato del diritto antico, è sparito nel diritto giustinianeo; ad esso si applicano, di regola, i principii del fidecommesso universale [3].

Fideicommissum hereditatis. — In origine l'erede (fiduciario), che era stato incaricato di restituire tutta o parte della eredità, conservava questa sua qualità di erede anche dopo la restituzione *(semel heres, semper heres)*. Questo principio veniva applicato così rigorosamente che solo l'erede fiduciario poteva agire contro i debitori dell'eredità ed essere escusso dai creditori

---

[1] E ciò, benchè per avventura il testatore avesse legato l'intero patrimonio ereditario e il legato fosse stato ridotto per la Falcidia. Non si può infatti dubitare che il testatore potesse legare per *damnationem* anco l'intero patrimonio, salva sempre l'applicazione della Falcidia, la quale faceva sì che anche questo legato risultasse parziario. Vedi MAYER. *Vermächtnisse*, I. § 6, n. 16 e GLÜCK-ARNDTS-FERRINI. *Pandette*, libri XXX-XXXII, pag. 14.

[2] ULPIANUS. XXV. 15; GAI.. II, 252; ULPIANUS. fr. 164, § 3 e POMPONIUS, fr. 165, *de verb. sign.*, L. 16.

[3] Const. 2. *comm. de legat.*, VI. 43. Dicendo che nel diritto giustinianeo, in forza dell'*exaequatio legatorum et fideicommissorum*, è avvenuta la fusione fra *partitio legata* e *fideicommissum hereditatis*, vogliamo significare che nel diritto giustinianeo la differenza fra quei due istituti non può più dipendere dall'uso di termini imperativi o precativi; ma con ciò non intendiamo di escludere che anche nel diritto giustinianeo il testatore, lasciando una quota di eredità, possa, con espressa dichiarazione, applicare a questa i principii della *partitio legata*. Consulta il VANGEROW. *Pandekten*, § 556.

della medesima. Per far passare nel fidecommissario i vantaggi ed i pesi dell' eredità, se ne faceva una vendita, cui si apponevano stipulazioni simili a quelle che si usavano nella vendita vera e propria *(stipulationes quasi emptae venditae hereditatis)*. Da una parte l' erede fiduciario stipulava che il fidecommissario lo indennizzerebbe di ciò che egli avrebbe dovuto pagare come erede, e lo garantirebbe delle azioni dei creditori dell' eredità, e dall' altra il fidecommissario stipulava la restituzione di ciò che l' erede avrebbe ricevuto in questa qualità, e la cessione delle azioni ereditarie [1]. Questo sistema fu cambiato dai senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano, i quali furono alla loro volta modificati da Giustiniano.

Il senatoconsulto Trebelliano, emanato ai tempi di Nerone, proclamò il principio assoluto che dal fidecommesso universale dovesse risultare in tutti i casi una successione a titolo universale con tutte le sue conseguenze. Ed in vero questo senatoconsulto stabilì che dopo la restituzione dell' eredità, il fidecommissario avesse utilmente le azioni che prima d'allora spettavano all' erede fiduciario, e viceversa che egli fosse soggetto alle azioni dei creditori. In tal guisa il fidecommissario fu considerato *utiliter* come un erede [2].

Il senatoconsulto Pegasiano, emanato sotto il regno di Vespasiano, mantenne il principio del senatoconsulto Trebelliano, solo nel caso che il fidecommesso fosse tutt'al più di tre quarti della eredità [3], o nel caso che l'erede, non volendo adire l'eredità, come sospetta, vi venisse astretto dal *praetor fideicommissarius* [4], ma ritornò al diritto antico e considerò il fidecommissario come semplice successore a titolo particolare quando il

---

[1] Gai., II, 251 e seg.

[2] id., II, 253; § 4, Inst. *h. t.* II, 23; fr. 1-7, *h. t.*, XXXV, 1.

[3] id., II, 255; Ulpianus, XXV, 14; §§ 6 e 7, Inst., *h. t.*, II, 23.

[4] id., II, 258; Ulpianus, XXV, 16; In questo caso l' erede come era sicuro contro ogni perdita, veniva però spogliato di ogni vantaggio e singolarmente poi perdeva il diritto alla deduzione del quadrante. Vedi più sotto, § 244.

fidecommesso fosse superiore ai tre quarti dell'eredità [1]. Di tal guisa se l'erede fiduciario era stato pregato di restituire tre quarti o meno della eredità il fidecommissario era considerato come erede, o le azioni ereditarie passavano in lui di pien diritto; se invece l'erede fiduciario era stato incaricato di restituire tutta l'eredità o più dei tre quarti della medesima, il fidecommissario era considerato come un semplice legatario, le azioni non passavano in lui nè attivamente, nè passivamente, ed era necessario ricorrere alle *stipulationes partis et pro parte* o a quelle *emptae et venditae hereditatis* di cui abbiamo parlato più sopra. Nè valeva che il fiduciario rinunciasse a trattenere il quadrante e restituisse tutto al fidecommissario [2]. Se e fin dove questo punto si modificasse più tardi nel diritto classico è molto controverso [3]. La distinzione stabilita dal senatoconsulto Pegasiano, per la quale un fidecommesso di maggiore importanza produceva effetti minori, ed uno di minore importanza effetti maggiori, era evidentemente assai arbitraria, e bene a ragione fu da Giustiniano abolita.

Giustiniano, con una disposizione formale, ristabilì il senatoconsulto Trebelliano e decise che qualunque fidecommesso universale dovesse produrre tutti gli effetti di una successione a titolo universale [4].

---

[1] Gai. II, 257. In questo caso, e specialmente quando l'erede fiduciario era incaricato di restituire tutta l'eredità, egli non aveva nessun interesse ad accettare l'eredità, e quindi accadeva di frequente che vi rinunciasse e rendesse senza effetto il fidecommesso. Fu appunto per ovviare a questo inconveniente che il senatoconsulto Pegasiano estese ai fidecommessi universali la legge Falcidia (vedi § 216), trattando il fidecommissario come un legatario.

[2] Gai., II, 257.

[3] Scialoja, *Sulla Const. 12 de fideicomm.*, nel *Foro abruzzese*, 1886. L'opinione affermativa è sostenuta da Filippo Serafini, *Parere in causa Ellis Caetani contro Caetani* (Corte d'appello di Bologna in sede di rinvio), pag. 25 e seg.

[4] § 7, Inst., *h. t.*, II, 23; Const. 7, *ad Sc. Treb.*, VI, 49.

§ 222.

Requisiti del fidecommesso universale.

I requisiti del fidecommesso universale riguardano i subbietti, l'oggetto e il modo di erigerlo.

Subbietti. — Le persone che intervengono necessariamente in ogni fidecommesso universale, sono: 1° il testatore che lo costituisce (fidecommittente), il quale deve avere la testamentifazione attiva; 2° l'erede fiduciario, testamentario o legittimo, incaricato della restituzione; e 3° finalmente il fidecommissario al quale deve farsi la restituzione di tutta o di una parte aliquota della eredità: questi deve avere la testamentifazione passiva.

Oggetto. — Perchè esista fidecommesso universale, esso deve avere per oggetto l'intiera eredità del testatore o una parte aliquota della medesima [1]. Non sarebbe universale se avesse per oggetto beni determinati fosse pure grandissimo il loro valore (neppure se si estendesse all'usufrutto di tutto il patrimonio) e viceversa il fidecommesso non cesserebbe di essere universale pel solo motivo che il testatore avesse conferito all'erede fiduciario il diritto di trattenere oggetti ereditari ancorchè assorbissero quasi tutta l'eredità e l'usufrutto della medesima [2].

Modi di istituire i fidecommessi. — Il fidecommesso universale può essere ordinato in qualunque atto di ultima volontà, incaricando del medesimo sia l'erede testamentario, sia il le-

[1] Non sarebbe fidecommesso se l'erede fosse incaricato di restituire l'eredità di un terzo (JULIANUS, fr. 27, §§ 8-10, *h. t.*, XXXVI, 1); tuttavia se l'erede fosse incaricato di restituire una eredità già devoluta al testatore e compresa per conseguenza nell'eredità di quest'ultimo, si avrebbe per analogia un fidecommesso universale (ULPIANUS, fr. 17, § 5, *h. t.*, XXXIV, 1).

[2] ULPIANUS, fr. 1, § 21; MARCIANUS, fr. 30, § 3, *h. t.*, XXXVI, 1; POMPONIUS, fr. 69, *ad leg. Falc.*, XXXV, 2.

gittimo [1], sia un fidecommissario a titolo universale [2]; è valido ancora se senza nessuna formalità il defunto ne incaricò verbalmente l'erede fiduciario, ma in tal caso il fidecommissario non può provare il suo diritto se non deferendo il giuramento all'erede fiduciario [3].

Si possono ordinare fidecommessi universali puramente e semplicemente; a termine o sotto condizione, e queste modalità producono i medesimi effetti che nei legati: e di più possono essere ordinati anche tacitamente, proibendo, ad esempio, all'erede istituito, di disporre per testamento di ciò che gli viene lasciato; ciò che implica un fidecommesso tacito a favore dei suoi eredi legittimi [4]. Se un ascendente ha incaricato un discendente di restituire l'eredità dopo la sua morte, si presume la tacita condizione che quest'ultimo sia morto senza figli [5].

---

[1] § 2, Inst., *de codicill.*, II, 24; § 12, *h. t.*, II, 23.

[2] Fidecommesso universale a più gradi (fidecommesso successivo). — Le applicazioni di questo fidecommesso universale a più gradi sono già cospicue nel diritto romano: assai più larghe diventano poi nel diritto intermedio. Il fidecommissario gravato della restituzione non può trattenere il quadrante, essendo il beneficio pel senatoconsulto Pesagiano largito soltanto all'erede diretto. Una questione particolare assai importante è se un fidecommissario a titolo universale incaricato di restituire per un certo tempo (per esempio alla sua morte) possa restituire anticipatamente. Confr. Scialoja, *Sulla Const. 12, de fideicomm.*, VI, 42. Tale questione assunse un aspetto elegantissimo nella famosa causa *Ellis-Caetani* contro *Caetani*. Nel mio *Parere* io sostenni non essere permessa un'anticipata rinuncia, tranne il caso raro e non presumibile che il testatore abbia posto il termine nell'esclusivo favore del fiduciario ed abbia evidentemente mostrato che gli dava facoltà di rinunciarvi (pag. 10 e seg.). Vedi anche le sentenze delle Corti d'appello o di Cassazione di Roma, nell'*Archivio giur.*, XXXVII, pag. 251-298 e le mie note ivi.

[3] §§ 1-2, Int., *h. t.* II, 23; Const. 22, *h. t.*, VI, 42.

[4] Paulus, fr. 74, pr. *h. t.*, XXXVI. 1. Cfr. Papinianus, fr. 77, § 20, *de legatis*, II.

[5] Const. 30, *h. t.*, VI, 42; Const. 6, *de imp. et al. subst.*, VI 25.

§ 223.

Dell' acquisto dei fidecommessi universali.

Per l' acquisto del fidecommesso universale valgono in generale i medesimi principii che regolano l' acquisto dei legati. Il fidecommissario acquista il diritto al fidecommesso *quando dies fideicommissi cedit*, e da questo momento lo trasmette ai suoi eredi [1]; ma perchè possa farlo valere, chiedendo la restituzione di quanto gli fu lasciato, cioè di tutta o di parte della eredità, è naturalmente necessario che sia venuto il termine stabilito per la restituzione *(dies fideicommissi venit)*. Questo termine è di regola protratto fino alla morte dell' erede fiduciario, e ciò deve ritenersi anche nel caso che l'epoca della restituzione sia stata rimessa nell' arbitrio del fiduciario [2]. Che se non è stato fissato alcun termine, nè espressamente, nè tacitamente, il fiduciario deve fare la restituzione immediatamente dopo avere accettato l' eredità [3]: e questa restituzione può essere chiesta dal fidecommissario anche nel caso che l'erede fiduciario non voglia per avventura accettare l' eredità; e, sotto certe date condizioni, perfino nel caso che non sia divenuto erede per altri motivi. Secondochè l' erede fiduciario ha spontaneamente accettato l' eredità o non l' accetta, gli effetti sono diversi, come sono diversi nel caso di un fidecommesso successivo. Di essi tratta il paragrafo seguente.

[1] JULIANUS, fr. 25, pr.; JAVOLENUS, fr. 46, *h. t.*, XXXVI, 1; Const. 21. *h. t.*, VI, 42.

[2] SCAEVOLA, fr. 11. § 13. *de legatis*, III. Vedi il paragrafo precedente.

[3] Id., fr. 41, § 14. *de legatis*, III [32].

§ 224.

Diritti ed obblighi dell'erede fiduciario.

OBBLIGHI DEL FIDUCIARIO CHE HA ACCETTATO L'EREDITÀ. — L'erede fiduciario ha l'obbligo di restituire tutta o parte dell'eredità: può adempirlo o colla consegna effettiva dei beni ereditari o fittiziamente con una dichiarazione verbale o scritta, che manifesti l'intenzione di restituire. Siffatta dichiarazione basta perchè il fidecommissario possa intentare le azioni che gli competono dopo la restituzione: essa trasferisce perfino la proprietà dei beni ereditari prima ancora che il fidecommissario ne abbia preso possesso [1]. Il fiduciario risponde del dolo e della colpa lata e, se non restituisce che in parte, della diligenza in concreto [2]. Le alienazioni che l'erede fiduciario facesse dei beni ereditari sono nulle, eccettochè non vi sia stato autorizzato dal testatore o dal fidecommissario, o le abbia fatte per pagare i debiti ereditari [4]. Se il fidecommesso è limitato solamente a quello che rimarrà dell'eredità alla morte del fiduciario, questi ha facoltà di alienare fino a tre quarti della eredità fidecommissaria [5].

DIRITTI DEL FIDUCIARIO. — L'erede fiduciario, fino al giorno stabilito per la restituzione del fidecommesso, resta erede e percepisce i frutti dei beni ereditari [6]. Egli ha diritto di essere rimborsato delle spese necessarie ed utili che ha fatto sulle cose del fidecommesso o per vantaggio del fidecommissario e di

---

[1] ULPIANUS, fr. 37, pr. § 2: PAULUS, fr. 38; GAI., fr. 40-42 e PAULUS, fr. 66, § 1, *h. t.*, XXXVI, 1.

[2] ULPIANUS, fr. 22; § 43 *h. t.*, XXXVI, 1.

[3] Idem fr. 18; JULIANUS, fr. 27, § 1; MARCELLUS, fr. 44, § 1, *h. t.*, XXXVI, 1.

[4] SCAEVOLA, fr. 38, pr., *de legatis*, III [32].

[5] Nov. 118, Const. 1, 2. Vedi questo stesso paragrafo in fine.

[6] ULPIANUS, fr. 18 e 22, § 2, *h. t.*, XXXVI, 1.

essere liberato dalle obbligazioni che ha assunto nell' interesse del fidecommesso. Egli ha inoltre diritto di ritenere la quarta parte dell' eredità o della sua porzione ereditaria *(quarta Trebellianica)*. Questa quarta Trebelliana non è in realtà che la quarta Falcidia introdotta pei legati a titolo singolare ed estesa ai fidecommessi universali mediante il senatoconsulto Pegasiano, le disposizioni del quale vennero da Giustiniano fuse con quelle del senatoconsulto Trebelliano, d' onde il nome di quarta Trebelliana. Di qui deriva che valgono anche per essa i principii della legge Falcidia [1].

EFFETTI DELLA RESTITUZIONE. — La restituzione del fidecommesso ha per effetto che il fidecommissario è reputato erede della parte di eredità che gli fu lasciata, e conseguentemente il fiduciario non lo è più che per quella che rimane [2]. Secondo questo principio si determinano i diritti delle due parti di fronte ai creditori e debitori dell' eredità ed ai legatari [3].

DEL CASO IN CUI IL FIDUCIARIO NON ACCETTI L'EREDITÀ. — Se il fiduciario non vuole accettare l'eredità, il fidecommissario può costringervelo, ma in tal caso il fiduciario rimane, attivamente e passivamente, estraneo all' eredità, la quale passa al fidecommissario con tutti i pesi e con tutti gli emolumenti, senza che il fiduciario possa dedurre la quarta Trebelliana [4]. Lo stesso avviene quando il fiduciario si sottrae ad ogni dichiarazione di accettare o rifiutare l' eredità [5].

---

[1] ULPIANUS, fr. 4, § 18; fr. 3, § 1; fr. 4; MODESTINUS, fr. 45 *h. t.*, XXXVI, 1; Cod., VI, 49; Nov. 1, Const. 2, § 2. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 584. Contro le teorie contrarie, assai diffuse, vedi anche VANGEROW, *Pandekten*, § 346.

[2] ULPIANUS, fr. 1, § 19, *ut legat.*, XXXVI, 3.

[3] Consulta ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, §§ 585, 586.

[4] § 7, Inst., *h. t.*, II, 23; ULPIANUS, fr. 4; fr. 15, § 4; JULIANUS, fr. 27, § 2; PAPINIANUS, fr. 53, § 2; PAULUS, fr. 59, pr. *h. t.*, XXXVI, 1.

[5] Const. 7 e 8, § 1, *h. t.*, VI, 49. In questo caso l' accettazione si finge avvenuta allo scopo di mantenere ferme il testamento. Il Fidecommissario acquista l' eredità in luogo e vece del fiduciario anche nei seguenti due casi: 1° quando il fiduciario è morto in vita del testatore e senza che

DEL FIDECOMMESSO SUCCESSIVO. — Di regola il fiduciario è un erede diretto, ma può darsi anche che sia un erede fidecommissario, dappoichè il testatore può ordinare che il fidecommesso venga restituito dal primo erede ad un secondo, dal secondo ad un terzo e così di seguito. In questo caso si ha un fidecommesso universale successivo, ossia una sostituzione fidecommissaria a più gradi, cosicchè se il primo erede fidecommissario non acquista il fidecommesso, il secondo ha senz'altro azione contro il fiduciario.

UN caso importante di fidecommesso successivo è quello di famiglia, vale a dire il fidecommesso che il testatore ordina a profitto della famiglia propria o di una famiglia estranea. Salva disposizione contraria, tale fidecommesso passa dapprima all'erede presuntivo *ab intestato* del defunto o al suo parente sopravvivente, poi all'erede intestato del primo detentore e così di seguito; ma, affinchè i beni fidecommissari non rimangano per sempre fuori di commercio, Giustiniano stabilì che il fidecommesso si estingue nella quarta mano [1].

FIDECOMMISSUM EIUS QUOD SUPERERIT. — Questo si ha quando al fiduciario si impone soltanto di restituire l'asse ereditario nelle condizioni nelle quali sarà al tempo in cui egli è obbligato a restituirlo. In tal modo il fiduciario ha libertà di disporne entro i limiti però di un'amministrazione fedele ed onesta [2]. Giustiniano dichiarò che dovesse esser salvo per il fidecommissario almeno un quarto dell'asse e per questo quarto avesse diritto a cauzione, salvo casi di stretta necessità, tassativamente determinati [3].

---

questi l'abbia saputo; 2° quando è morto dopo il testatore, ma prima di acquistare l'eredità, semprechè non esista un caso di trasmissione (vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 587).

[1] Nov. 159, cap. 2; ARNDTS-SERAFINI. *Pandette*. §588. — Il Codice civile ha abolito la sostituzione fidecommissaria (art. 890 e 900).

[2] PAPINIANUS. fr. 56 [54] e PAULUS. fr. 60 [58] . § 8. *h. t.* XXXVI, 1. Vedi Cass. di Roma, 22 dicembre 1891 (*La Legge*. 1892. I, 508).

[3] Nov. 180, cap. 1 e 2.

CAPO XI.

Delle donazioni in causa di morte ed altre successioni.

§ 225.

Delle donazioni e capioni in causa di morte.

Nozioni e requisiti. — La donazione in causa di morte è quella la cui efficacia è subordinata alla morte del donante [1]. Di regola essa si fa all'occasione di un pericolo imminente per la vita del donante: questa circostanza però è essenziale; in ogni caso si estingue se il donatario premuore al donante [2]. Se fu fatta in vista di un determinato pericolo di morte, la donazione si estingue ancora se il donante è scampato a quel pericolo [3]. Per regola generale il donante può revocare a suo arbitrio la donazione [4].

La donazione in causa di morte si fa nelle stesse maniere della donazione fra vivi, ma se non supera il valore di cinquecento solidi, il codicillo tien luogo dell'insinuazione [5].

Effetti. — La donazione in caso di morte è di natura complessa: è una convenzione, che ha stretta attinenza coi legati. E difatti essa è assimilata ai legati per ciò chè riguarda la capacità di acquisto del donatario, il rapporto fra lui e i creditori del donante, il diritto alla porzione legittima, la quarta Falcidia, il diritto di accrescimento, la *cautio Muciana* ed *usu-*

[1] Vedi Arndts-Serafini. *Pandette*, § 598 e seg. e Ferrini, voce *Capioni*, nel *Digesto italiano*.

[2] Marcianus, fr. 27 e Paulus, fr. 35; § 2, *de mort. caus. don.*, XXXIX, 6.

[3] Ulpianus, fr. 29, loc. cit., XXXIX, 6.

[4] Julianus, fr. 16 e Ulpianus, fr. 30, loc. cit., XXXIX, 6.

[5] Const. 4. *de mort. caus. don.*, VIII, 57; Nov. 87. pr.

fructuaria, ecc. Differisce poi dai legati, inquantochè è atto fra vivi e poi non è una deliberazione dell'eredità e non dipende punto dall'adizione della medesima, come non è necessario che vi sia una persona gravata dell'esecuzione della donazione. Così pure non è necessario che il donante e il donatario abbiano la testamentifazione, dacchè la donazione in causa di morte non può mai formare una successione a titolo universale [1].

MORTIS CAUSA CAPIONES [2]. — Si comprendono sotto il concetto di *mortis causa capiones* tutti gli acquisti in causa di morte che non hanno nome speciale.

I casi principali di capione in causa di morte sono: *a)* il pagamento fatto per adempiere ad una condizione imposta nel testamento *(condicionis implendae causa datum)*; *b)* il pagamento fatto perchè altri faccia valere o non faccia valere i suoi diritti come erede o come legatario; *c)* il pagamento fatto a taluno in caso di morte anteriore di terza persona. Anche la elargizione che taluno faccia in occasione della morte di un figlio o di altro parente costituiscono per chi le riceve una *capio mortis causa* [3].

§ 226.

Di alcune altre successioni in causa di morte [4].

BENI VACANTI. — Se il defunto non ha eredi, i suoi beni vacanti passano di regola al fisco il quale entra nell'*universum ius defuncti* come se fosse erede, e quindi gli succede in tutti i diritti e gli obblighi. Ma se il fisco lascia trascorrere un quadriennio senza appropriarsi i beni vacanti, i possessori di questi beni non possono essere convenuti da lui colla peti-

[1] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, 590.

[2] SCHLAGINTWEIT nei *Jhering's Jahsbücher*, VI. 318-377.

[3] ULPIANUS, fr. 8; GAIUS, fr. 31 e MARELLUS, fr. 38, *h. t.* XXXIX 6. Vedi FERRINI loc. cit.

[4] Vedi su tutto ciò ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, §§ 520 e 608-610.

zione di eredità. Vi sono altri enti che in certi casi sono preferiti al fisco.

Erepticium. — Può avvenire che taluno sia in se stesso capace di succedere a titolo universale e singolare, ma che la legge lo dichiari indegno di ottenere e di conservare i vantaggi dell'eredità o dei legati, a causa della sua riprovevole condotta, specialmente nei suoi rapporti col defunto. Per tale motivo le cose lasciategli a titolo universale o singolare, gli vengono sottratte *(indigno hereditas vel legatum eripitur)* e vanno a profitto, secondo i casi, o del fisco, o del coerede, o dell'onerato, o dell'erede legittimo. Ciò avviene, per esempio, quando l'erede o il legatario commisero omicidio o tentativo di omicidio contro la persona del testatore, quando mossero ingiustamente una questione di *status* alla persona che li istituì, quando con violenza o con dolo hanno impedito al defunto di fare testamento o di modificare quello già fatto e in molti altri casi.

Secondo il Codice civile italiano (art. 725) sono incapaci, come indegni, di succedere: 1° chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona, della cui eredità si tratta; 2° chi l'avesse accusata di reato punibile con pena criminale, quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio; 3° chi l'avesse costretta a far testamento od a cangiarlo; 4° chi le avesse impedito di fare testamento o di revocare il già fatto, o avesse soppresso, celato o alterato il testamento posteriore.

Tuttavia chi fosse incorso nell'indegnità può essere ammesso a succedere quando la persona della cui successione si tratta ne lo abbia espressamente abilitato con atto autentico o con testamento (art. 726).

In tali casi i beni non si devolvono allo Stato, ma passano a quelli che per diritto di accrescimento o per successiva delazione subentrano in luogo degli indegni.

INDICI

INDICE ANALITICO-ALFABETICO

(N. B. - I numeri romani indicano il volume, quelli arabi la pagina).

A

Abitazione I, 363
Acceptilatio, II, 55, 95
literis, II, 109
Acceptum II, 108
Accessione I, 321
Accessio possessionis I, 314
Accessionis I, 175
Accesso forzoso I, 279
Accrescimento II, 347
fra collegatari II, 370
Acque (corso delle) I, 279
Actio ad exhibendum I, 324, 325; II, 196, 197
nel commodato II, 320
è *in rem scripta* II, 197
è *arbitraria* II, 197
aquae pluviae arcendae I, 233; II, 189
arborum furtim caesarum II, 192
calvisiana I, 233
certae creditae pecuniae II, 110
commodati directa II, 120
contraria II, 120, 121
communi dividundo I, 234, 282, 302; II, 179, 343
conducti II, 138
confessoria I, 373, 381
Publiciana I, 375
servitutis I, 373
utilis I, 374, 381, 389
constitutoria II, 162
contraria II, 23
de dote II, 24
de in rem verso contro i soci di una società, II, 148
de pastu II, 194
de pauperie II, 194
de peculio II, 242
depositi directa II, 123, 124
contraria II, 123
sequestraria II, 125
de servo corrupto II, 193
de tabulis exhibendis II, 196
de tigno iunoto I, 324
doli I, 192
empti II, 132, 23
ex sponsu II, 212
ex stipulatu II, 107
nella compravendita II, 134
quae de dotibus exigendis proponitur II, 226
Fabiana I, 233, n. 1
familiae erciscundae I, 234, 302; II, 179, 342

fiduciae I, 392
finium regundorum I, 302, 420; II, 179
furti II, 180 = *oblati* II, 180
concepti II, 180
hypothecaria I, 417
iniuriarum II, 186
in rem universalis I, 228
iudicati I, 242
legis Aquiliae II, 183, 184
utilis I, 231, 420; II, 183, 184
locati II, 138
mandati II, 151
contraria II, 151, 153
utilis II, 81
negatoria I, 280, 336
utilis I, 380
negotiorum gestorum II, 177
contraria II, 177
contro il curatore II, 280
contro il socio d'una società II, 148
paulliana II, 195
a' legittimari II, 326
pigneraticia directa I, 393, 417; II, 127
praescriptis verbis II, 156, 157, 158
pro socio II, 147
publiciana I, 339
quanti minoris II, 135
quod iussu II, 241
quod metus causa I, 185
rationibus distrahendis II, 269
receptitia II, 163
redhibitoria II, 135
rei uxoriae II, 224
rerum amotarum II, 215
revocatoria II, 195
serviana I, 394
utilis seu hypothecaria I, 394
suspecti tutoris II, 269
suppletoria a' legittimari II, 326
tributoria II, 242
tutelae II, 269
tutelae contraria II, 270
vectigalis I, 377, 380
venditi II, 23, 132
Actiones arbitrariae I, 232
bonae fidei o *stricti iuris* I, 230
certae o *incertae* I, 229
directae, utiles, in factum I, 231
ficticiae I, 227, 232
in jus o *in factum* I, 226
in rem o *in personam* I, 228
in rem scriptae I, 228 n. 2
noxales II, 193
perpetuae o *temporales* I, 250
praejudiciales I, 234, 242
praetoriae I, 234
privatae o *populares* I, 234
rei persecutoriae, poenales e *mixtae* I, 234; II, 37, 38
simplices vel duplices I, 234
vulgares o *causa cognita* I, 229
Acquisto dei diritti I, 179
originario I, 180
derivativo I, 180
oneroso o gratuito I, 181
Actus I, 352
Actus legitimi I, 193
Addictio I, 246
in diem II, 160
Ademptio legati II, 369
Aditio hereditatis II, 331
Adiudicatus I, 246
Adiunctio I, 324
Adiudicatio I, 226, 301
Adoptio minus plena II, 251
plena II, 251
Adoptionem (in ... datio) II, 250
Adozione = secondo il dir. civ. it. II, 252, 248
Adprehensio I, 262
Adrogatio I, 182 e II, 249
Adsertor in libertatem I, 116
Adstipulatio II, 107
Adulterio = esclude le nozze fra

le persone che vi han preso parte II, 209
Adventicium peculium II, 241
Adversaria II, 208
Aerarium I, 24, 161
Aes Britannicum I, 19
Naepolitanum I, 19
Aestimatio dotis taxationis causa II, 225
venditionis causa II, 225
rei I, 214
Affectio maritalis II, 229, 205
Affinità I, 137
Ager publicus P. R. I, 376
Agere praescriptis verbis I, 237
Aggiudicazione *(adiudicatio)* I, 301
crea servitù I, 368
Agnazione I, 135
Agnati I, 135; II, 313
Agnitio bonorum possessionis II, 333
Agri limitati I, 304, 323
vectigales I, 376, 377
Album iudicum selectorum I, 218
Alieni iuris I, 144, 151
Alimenti (legato di) II, 373
Aliquid novi = nella novazione II, 93
Alluvio I, 321
Alveus derelictus I, 322
Animali selvatici (occupazione di), I, 291
Animus novandi II, 93
possidendi I, 261
furandi II, 180
Anno di lutto per la vedova II, 233
Annullabilità degli atti giuridici I, 207
Anticresi II, 161
Anticretico (patto) II, 161
Antipherna II, 228
Apparatus glossarum I, 70
Appellatio I, 242
Aqua et igni interdictio I, 142
Aquae pluviae arcendae (actio) I, 233; II, 189
Aquiliana stipulatio II, 95
Arbitrium o *arbitratus* I, 233; II, 163
Arbitrio I, 233
Arbores furtim caesae II, 192
Arrha confirmatoria II, 34
contractu imperfecto data II, 34
Arrogazione I, 182 e II, 249
Assenza = secondo il Cod. Civ. I, 139
Assessores I, 218
Atti giuridici bilaterali I, 193
illeciti I, 183, 210
invalidità originale I, 208
sopraggiunta I, 208
in senso proprio I, 205
requisiti subbiettivi I, 205
requisiti obbiettivi I, 206
lucrativi I, 193
onerosi I, 193
unilaterali I, 193
Auctoritas (tutoris) II, 267
Auctoritatis interpositio II, 267
Augustodunensia fragmenta I, 50
Authenticum I, 61
Aucupium I, 291
Avulsio I, 321
Azioni civili e onorarie I, 233
del fideiussore II, 172
contro i fideiussori e il debitore II, 172
di rescissione I, 209
divisorie I, 302
dotali II, 224
estinzione per morte I, 250
estinzione per prescrizione I, 250
miste II, 38
penali II, 37
possessorie (a tutela di servitù) I, 375
(in favore del creditore pignoratizio) I, 420
secondo il diritto romano I, 268

secondo il Codice civile I, 273
di manutenzione I, 273
di reintegrazione I, 275
reipersecutoriae II, 37

B.

Basilici I, 73
Beneficia iuris I, 103
legis I, 103
Beneficium cedendarum actionum II, 171
competentiae II, 62, 147
a favore del socio II, 147
divisionis II, 171
excussionis II, 171
inventarii II, 335
separationis bonorum II, 335
Beni vacanti II, 389
Bonorum emptor I, 247
magister I, 247
possessionis agnitio II, 333
Bonorum possessio: acquisto II, 332
collisione coll'*hereditas* II, 292
contra tabulas II, 291
cum re o *sine re* II, 293
differenze con l'*hereditas* II, 291
ex Carboniano edicto II, 344
in caso d'istituzione condizionale II, 345
nel diritto Giustinianeo II, 294
furiosi nomine II, 345
secundum tabulas II, 291
Sviluppo storico II, 288, 289
unde cognati II, 290
unde legitimi II, 289, 290
unde liberi II, 291
unde vir et uxor II, 290
Bonorum cessio I, 247
distractio I, 248
venditio I, 247
Brocarda I, 81 n. 1
Buona fede I, 230, 309
secondo il Codice civile, I, 319

C.

Caduca I, 20
Campus Martius I, 7
Capacità dei contraenti I, 205
di diritto I, 145 n. 1
di agire I, 145 n. 1
per contrarre matrimonio II, 204
Caparra II, 34
Capio longo tempore I, 307
Capiones mortis causa II, 389
Capita legis I, 12
Capite censi I, 8
Capitis deminutio = in generale I, 141
maxima I, 142
media I, 142
minima I, 144
CAPITO (C. ATEIUS) I, 38
Caput I, 142
Caso fortuito II, 74
Castrense peculium II, 240
Casus dolo vel culpa determinatus II, 75
Catoniana regula II, 368
Causa (iusta) restitutionis I, 253
nei contratti innominati II, 135
traditionis I, 297
Causae cognitio I, 222
Cause lucrative II, 98
Causae piae I, 159
Cautela Socini II, 326
Cautio damni infecti II, 192
dell'usufruttuario I, 359
depositionis II, 226
in iudicio sisti I, 249
rei uxoriae II, 224
rem pupilli salvam fore II, 270
stipulationis II, 105
Cedente II, 81
Cedere diem legati II, 363
Celibato II, 234
Celsina responsio I, 40
CELSUS (P. IUVENTIUS), I, 40

Censum (*per ... manumissio*) I, 118
Centumviri I, 218
Centuria praerogativa I, 8
Centurie: luogo di adunanza I, 7
Certa pecunia II, 105
Certi condictio II, 107
Cessionario II, 81
Cessio ad potentiorem II, 82
legis II, 81
Cessione dei crediti II, 79
dell'azione di revindica I, 336
effetti II, 82
Chirographum II, 105, 110
Citazione de' passi del *Corpus iuris*, I, 56, 60, 61
Metodo per compierle I, 56, 60, 61
Cittadinanza (perdita della) I, 142
secondo il diritto italiano I, 142
riacquisto I, 142
secondo la legge italiana I, 143
Cittadinanza (stato di) I, 126
acquisto per nascita I, 127
per manomissione I, 127
per concessione speciale I, 128
da parte de' latini I, 127
Civile estimazione I, 128
Civis optimo iure I, 126
Classi di successibili = secondo le Nov. 118 e 117, II, 317, 318
Clausola penale II, 35
Codex accepti et expensi II, 109
constitutionum I, 34, 53, 60
constitutionum dei *divi fratres*, fatto da Papirio Giusto I, 32
Codice Giustinianeo I, 34, 60 = citazione I, 61
Gregoriano I, 32
Ermogeniano I, 32
repetitae praelectionis I, 35
Teodosiano I, 33 = Edizioni I, 34, n. 1
Coelibes = Puniti dalla *Lex Julia et Papia* I, 20
Coemptio I, 153; II, 200
tutelae evitandae aut mutandae gratia. II, 275
Coeredi (comunione fra) II, 337
Cognazione I, 134
semplice o doppia I, 134
Cognitio extraordinaria I, 219, 243
Cognizione II, 11
Collatio legum Romanorum et Mosaicarum I, 48
bonorum II, 338
Collazione II, 338
Collegia I, 157
Coloni I, 125
Colonus II, 139
Colpa I, 211
contrattuale o extracontrattuale I, 211
lata I, 211
lieve I, 211
lievissima I. 212
positiva I, 211
negativa I, 211
nella legge Aquilia II, 184
Comitia centuriata I, 6
curiata I, 5
competenza I, 6
funzioni I, 6
justa I, 8
tributa I, 8
competenza I, 8, 9
Comitiatus maximus I, 8
Comitium I, 5, 11
Comizi sotto l'Impero I, 10
Commentarii pontificum I, 13
Commentatori I, 81
Commercium iuris civilis I, 283
Commissa I, 407
Commissoria lex I, 407
Commissum I, 407
Commixtio I, 326
Commodante II, 118
Commodatario II, 118
Commodato II, 118
azioni II, 120

Commodum = nella compravendita II, 131
separationis bonorum II, 335
Communi dividundo (actio) II, 179
Communio incidens II, 178
fra coeredi II, 337
Communio pro indiviso I, 172, 282
pro diviso I, 173, n. 1
Compensatio II, 56
Compensazione II, 90
ha luogo *ipso iure* II, 92
Comperendinus dies I, 221
Compilazione Giustinianea I, 52
Compravendita = nozione II, 132
azioni II, 132
consenso II, 130
cosa II, 128
obbligazioni del compratore II, 135
prezzo II, 137
res, merx II, 128
effetti II, 136
scioglimento II, 136
Compromesso II, 163
Conceptio furti per lancem et licium II, 180
Concilia plebis I, 8
Concio I, 7
Concorso di azioni I, 251
di cause lucrative II, 98
Concubinatus II, 202
Condemnatio I, 225
Condictio I, 223, 231 = *causa data causa non secuta* II, 156
certi II, 107
furtiva I, 294, n. 3; II, 180
utilis al creditore pignoratizio I, 420
indebiti II, 118, 178
nei debiti di giuoco II, 167
mutui II, 115, 23
per la restituzione della dote II, 225
triticaria II, 107
nel mutuo II, 115
Condictiones per riavere il possesso I, 273
Conditio deficit I, 196
existit I, 196
pendet I, 196
Condizione — Nozione I, 195
Effetti I, 196
sospensiva = effetti I, 195
nell'istituzione di erede I, 200
risolutiva = effetti I, 195
affermativa o negativa I, 195
casuale, potestativa e mista I, 195
lecita o illecita I, 195
Condizioni I, 195
improprie I, 199
impossibili I, 200
in praesens o praeteritum relatae I, 201
necessarie I, 199
tacite I, 201
Condizione e professione I, 149
Condominio I, 281
Confarreatio I, 152; II, 199
Confessio in iure I, 242
Confessoria in rem actio I, 373, 381
utilis I, 364, 374
pel pegno I, 420
per l'enfiteusi I, 381
per la superficie I, 389
per l'usufrutto I, 353
Confusio I, 326
Coniuncti = *re* II, 348, 349
re et verbis II, 348
verbis tantum II, 348
Coniugi = rapporti personali II, 214
rapporti patrimoniali II, 216
Consanguinei I, 134
Consenso II, 10
nel mandato II, 151
nel matrimonio II, 215
contrario II, 98
nei contratti I, 184, 206

Consilium iudicum I, 218
Consolidazione (o confusione) delle servitù I, 369
Constitutum debiti proprii II, 163
debiti alieni II, 162, 172
possessorium I, 265, 267
Consuetudine I, 3
Consultatio veteris cuiusdam iuris consulti I, 48
Consumptio actionis I, 238
Contestatio litis I, 237
effetti I, 230
Contractus pigneraticius I, 394
Contraddote II, 227
Contraenti II, 8
capacità II, 8
Contratti = Nozione II, 5
accessori II, 24
consensuali II, 22
di stretto diritto II, 25
distinzioni II, 22
effetti II, 25
gratuiti II, 24
innominati II, 22
letterali II, 107
nel diritto antico II, 107
bilaterali II, 11
definizione II, 5
di buona fede II, 25
esecuzione II, 33
unilaterali II, 11
dichiarazione II, 11
nominati II, 154
innominati II, 154
solenni e non solenni II, 24
oggetto II, 15
onerosi II, 24
principali II, 24
reali II, 112
requisiti II, 7
simulati II, 18
sistema moderno II, 22
sistema romano II, 18
verbali II, 100
Contrectatio II, 180
Contubernia II, 302
Conventio in manum I, 183
Copula carnalis II, 205
Corpora publicanorum I, 157
Corporazioni I, 155
Corpus I, 171, 260.
juris civilis I, 2, 69
divisioni de' glossatori I, 69
possessionis I, 260. 262
Correalità e semplice solidarietà: differenze II, 60, 52
Corruptio = nella legge Aquilia II, 183
Cosa I, 162
Cose comuni I, 165
consumabili I, 170
corporali e incorporali I, 163
di diritto divino e di diritto umano I, 165
divisibili e indivisibili I, 172
fungibili I, 170
immobili I, 167
in commercio o fuori commercio I, 164
inconsumabili I, 170
infungibili I, 170
in patrimonio o fuori patrimonio I, 167
mobili I, 167, 169
pubbliche I, 165
principali e accessorie I, 174
semplici e composte I, 173
Costituto di debito altrui II, 172
di debito proprio II, 172
Costituzioni dei principi I, 29
Crediti cedibili II, 81
cessione II, 79
Creditor II, 2
Crimen extraordinarium expilatae hereditatis I, 306
Criterio di scelta delle opere dei giureconsulti nelle Pandette I, 57

Culpa = Nozione II, 76
extracontrattuale o Aquiliana = gradi I, 212
in faciendo vel in non faciendo I, 211; II, 77
lata I, 211 e II, 76
levis I, 211 e II, 76
Cura o *curatio* = In generale II, 287
bonorum II, 280
honoraria II, 277
legitima II, 277
minorum I, 146; II, 278
prodigi I, 149; II, 278
ventris I, 106; II, 280
Curator = *ad certam causam* II, 279
furiosi I, 149
generalis in omnem rem II, 279
prodigi I, 149
ventris I, 106
Curie = competenza I, 6, 9
ammissione de' Plebei I, 6

D.

Damni infecti cautio II, 192
Danno = arrecato in occasione di qualche calamità II, 193
illecito II, 184
actio in factum II, 184
actio legis Aquiliae II, 183
risarcimento I, 213
corpore corpori datum II, 183
iniuria datum II, 183
cenni storici II, 182
nozione II, 184
effetti II, 184
Dare, facere, praestare II, 1
Datio iudicis I, 225
Datio dotis II, 219
Datio in adoptionem II, 250
in solutum II, 61
Dazione nel mutuo II, 114
Debitor II, 2
Debitore ceduto II, 81
Debitore moroso II, 72
solidale II, 58
Decadenza dal diritto d'enfiteusi I, 386
Decemviri stilitibus iudicandis I, 218
Decreta I, 31
Decretum I, 243
Decuma, scriptura I, 377
Dedicitia libertas I, 123
Deditio I, 124
Deditìcius ex lege Aelia Sentia I, 115
Deductio in domum II, 205
Deiectum II, 187
De iure fisci (fragmenta) I, 49
Delazione dell'eredità = Nozione II, 285
Requisiti II, 287
Specie II, 286
Delegatio II, 94
Deliberandi ius II, 334
Delicta privata I, 210
Delictum publicum vel crimen II, 37
Delitti II, 37, 179
pubblici II, 37
Demolitorium interdictum II, 191
Dementes I, 148
Deminutio capitis = *maxima* I, 142
media I, 142
minima I, 144
Deminutiones capitis I, 141
Demonstratio I, 225
Denuntiatio actionis I, 249
litis I, 220
nella cessione dei crediti II, 83
Denunzia di nuova opera II, 191
Deportatio in insulam I, 142
Deposito = azioni II, 121
irregolare II, 124
nozione II, 121
necessario II, 123

regolare II, 121
della somma dovuta nelle obbligazioni II, 90
De ritu sacrorum I, 13
Detentio I, 258
Detenzione I, 258
Devortii libellus II, 232
Dialettici I, 81
Diarchia I, 30
Dictio dotis II, 219
Diem legati cedere II, 363
venire II, 363
Diffarreatio II, 203
Digesta I, 54, 57
citazione I, 60
Diligens pater familias I, 211
Diligentia in custodiendo II, 72
diligentis patris familias II, 176
quam in suis rebus I, 213 e II, 77
Diligenza *quam in suis* I, 213
Diritti I, 99 = acquisto I, 179
assoluti I, 100
relativi I, 100
di famiglia I, 101
di obbligazione I, 101
esercizio e tutela I, 214
mobiliari e immobiliari I, 169
patrimoniali I, 101
reali I, 101, 255
Diritto anomalo I, 104
normale I, 102
comune I, 1, 103
significato I, 103
di accrescimento II, 347
fra collegatari II, 370
pubblico e privato I, 2
scritto e non scritto I, 3
obbiettivo I, 99
subbiettivo I, 99
onorario I, 26, 28
indole I, 2
romano = significato I, 1
Discidium II, 230
Disputationum (Ulpiani ... *fragmenta*) I, 50
Dissuasiones I, 11
Divisione ereditaria = *in capita* II, 312
in lineas II, 312
in stirpes II, 312
Divortium II, 230, 231
Divorzio = formalità II, 232
Dodrans II, 308
Doli actio I, 192
exceptio II, 26
Dolo I, 190; II, 75
Causa di *restitutio in integrum* I, 192
Dolo determinante o *causam dans* I, 192
incidente (*incidens*) I, 192
Domicilio I, 150
necessario I, 151
Dominio I, 278
bonitario I, 284
diretto o utile I, 382
giustinianeo I, 286
Dominium I, 255, 278
ex jure Quiritium I, 283
Dominus emphyteuseos I, 379
proprietatis I, 278, 355
Donazione a causa di morte II, 388
Donatio ante nuptias II, 226
divortii causa II, 228
honoris causa II, 229
propter nuptias II, 228
servi manumittendi gratia II, 229
Donazioni fra coniugi II, 226
Donne = Intercessione II, 174
per l'errore di diritto I, 187
Dositeo (frammenti di) I, 49
Dos adventicia II, 219
necessaria II, 219
profecticia II, 219
recepticia II, 219
voluntaria II, 219
Dotali azioni II, 224

Dote = concetto II, 217
costituzione II, 218-219
dopo il matrimonio II, 222
durante il matrimonio II, 221
in caso di divorzio II, 223
Dotis datio II, 219
dictio II, 219
promissio II, 219, 229
Duplicatio I, 236
Duplae stipulationes II, 133
Dupondium II, 308

E.

Ecloga I, 74
Editio actionis I, 219
Edictum perpetuum I, 26
THEODORICI I, 51
tralaticium I, 26
Editti dei magistrati I, 25
imperiali I, 31
repentini I, 28
Editto del Pretore I, 26
commentatori I, 28
ricostruzioni I, 28
perpetuo di SALVIO GIULIANO I, 27
Edizioni del *Corpus Juris* I, 70
glossate I, 70
non glossate I, 70
Effusum et deiectum II, 187
Elementi del negozio giuridico I, 194 — accidentali I, 194
costitutivi I, 194
essenziali I, 194
naturali I, 194
Emancipazione II, 255
anastasiana II, 256
giustinianea II, 256
secondo il Codice civile II, 256
Emphyteuta I, 379
Emphyteuticarius I, 379
Emptio sub corona I, 289
sub hasta I, 290
Emptor bonorum I, 247
familiae II, 299
Enfiteusi I, 376, 378 = Costituzione I, 383
estinzione I, 385
nel diritto antico I, 377, 378
nel diritto Giustinianeo I, 379
Epanagoge I, 74
Epitome I, 74
Juliani I, 61
Epistula I, 24, 31
Erede = Istituzione II, 305
fiduciario = obblighi II, 385, 306
diritti II, 385
Eredità = accettazione II, 339
acquisto II, 330
effetti di fronte ai terzi II, 333
alienazione II, 350
definizione II, 283
giacente I, 1, 2 e II, 284
perdita II, 349
rinuncia II, 332
Erepticium II, 390
Error I, 186
in corpore I, 189; II, 14
in negotio I, 189; II, 14
in persona I, 189
in substantia I, 189
Errore I, 186
di diritto o di fatto I, 186
essenziale I, 188
sui motivi I, 187
Esabiblo di Armenopulo I, 74
Escavazioni I, 280
Esercizio arbitrario di ragioni I, 216 n. 214
Esercizio dei diritti I, 214
Esibizione (obbligo della) II, 196
Espropriazione per pubblica utilità I, 281
Estimatorio (contratto) II, 157
Estimazione civile I, 128
Estinzione della persona fisica I, 138
Età I, 145

minore I, 146
causa di *restitutio in integrum* I, 142
maggiore I, 147
nel Codice Civile I, 147
Evizione II, 132
Exceptio doli I, 334 = nella stipulazione II, 106
justi dominii I, 307
legis Plaetoriae II, 279
longi temporis I, 307
ne praeiudicium hereditati fiat II, 342
non numeratae pecuniae II, 212
quod metus causa I, 185
rei in iudicium deductae I, 239
rei venditae et traditae I, 285, 335
Senatus consulti Macedoniani II, 117, 86
Velleiani II, 174
superficiei I, 390
Excusationes (*tutelae*) II, 263
Expensilatio II, 109
Expensum II, 108
ferre II, 109
Expromissio II, 94
Extintio legati II, 369
Extraordinaria cognitio I, 219, 243

F

Facere = nell'obbligazione I, 206, II, 2
Familia = Significato I, 135
civile I, 136
naturale I, 136
Familia communi jure I, 135
proprio jure I, 135
Familiae erciscundae II, 343, 179
emptor II, 299
mancipatio II, 299
mutatio I, 144
Farreum libum II, 200
Farreus panis II, 200
Fas I, 6
Fatti giuridici I, 183
leciti I, 183
illeciti I, 183
Fedecommesso di famiglia II, 387
singolare II, 355
successivo II, 383, 387
universale II, 378 = restituzione II, 386
mancata accettazione del fiduciario II, 386
soggetti II, 382
oggetto II, 382
istituzione II, 382
acquisto II, 384
Fedecommissario II, 378
Ferruminatio I, 325
Feto I, 106
Ficta possessio I, 333
Fictio legis Corneliae I, 113
Fideicommissum eius quod supererit II, 387
hereditatis II, 379
singulae rei II, 352
Fideiussione II, 169
effetti II, 170
requisiti II, 170
specie II, 170
regresso contro i debitori e i confideiussori II, 171
Fideiussor indemnitatis II, 170
in omnem rem II, 170
Fidelis (cattolico) I, 150
Fidepromissio II, 169
Fiducia I, 391
Fiduciae actio I, 392
Fiduciario II, 378
Finium regundorum (*actio*) II, 79
Fisco I, 161
Fondazioni I, 159
Fondi dotali = alienazione II, 221
Fonti del diritto scritto romano I, 4
Formula I, 224
parti I, 225, 235

certa o *incerta* I, 229
ficticia I, 227
in ius o *in factum concepta* I, 226
in personam o *in rem* I, 228
prohibitoria I, 338
vulgaris vel causa cognita I, 229
Fragmenta Augustodunensia I, 50
de jure fisci I, 49
vaticana I, 48
Fragmentum de manumissionibus I, 49
Dositheanum I, 49
Fratelli germani I, 134
consanguinei I, 134
uterini I, 134
Fructuarius I, 355
Frutti I, 177 = acquisto I, 328
caduti sul fondo del vicino I, 280
dell'enfiteuta o del possessore di buona fede I, 328
dell' usufruttuario, I, 328
pendenti I, 177
percetti I, 178
percipiendi I, 178
consumati I, 178
esistenti I, 178
naturali e civili I, 178
separati I, 177
Fundus emphyteuticarius I, 379
Furandi animus II, 180
Furiosi I, 148
Furti actio, II, 180-181
per lancem et licium conceptio II, 180
Furto = effetti, 180
nozione II, 179
Furtum possessionis II, 179
rei II, 179
usus II, 179

G.

GAIUS I, 41
GALLUS (C. AQUILIUS) I, 38
Gentes I, 137
Gentiles II, 314, 137 n. 1
Gentilità I, 137
Germani (fratelli) I, 134
Gestione di affari = Nozione, II, 176
Obbligazioni del *dominus* II, 177
del gerente II, 177
Gestio pro erede II, 331
Giuoco II, 167
Giuramento I, 241
decisorio I, 241
estimatorio I, 241
promissorio II, 33
suppletorio I, 241
Giusdicenti I, 218
Giusto titolo I, 311
Glossa ordinaria o *magna* I, 70, 81
Glossatori I, 78
Glosse al *Corpus juris* I, 69
interlineari I, 70
marginali I, 69
Gradi di colpa I, 212
Gratuità nel mandato II, 150
Graves causae = nei divorzi II, 233
Graviores mores II, 223

H.

Heraclecnsis tabula I, 19
Heredes extranei vel voluntarii II, 331
necessarii II, 330
Heredes sui II, 313
dovevano essere diseredati espressamente II, 223
sui et necessarii II, 230
Hereditas = *cum re* o *sine re* II, 293
iacens I, 162
Hereditatis aditio II, 331
fideicommissum II, 379
petitio I, 305; II, 340
civilis II, 340
fideicommissaria II, 340
partiaria II, 340

possessoria II, 340
totalis II, 340
Hereditas e *bonorum possessio* II, 288
Hyperocha I, 408
Hypotheca I, 393
Hypothecaria actio I, 417
Hypothecae reservatae (*pactum*) II, 161

I.

Iactus missilium I, 298 n. 4
IAVOLENUS (L. PRISCUS) I. 40
Id quod interest I, 214, 333; II, 133
Impedimenti al matrimonio II, 208. 210
assoluti II, 207
relativi II, 208
secondo la L. Giulia e Papia II, 209
Imperfecta lex I, 12
Imperium I, 244
Impetratio domini I, 302
Impossibilità della prestazione II, 97
Impubertà I, 145
Inaedificatio I, 324
In bonis esse I, 284
Incapaci di succedere II, 287
Incestum superveniens II, 230
Inclusio I, 325
Indebiti condictio II, 178
Indegnità dell'erede II, 390
Indice dei digesti di Doroteo I, 72
di Stefano I, 72
del Codice, di Taleleo e Isidoro I, 72
In diem addictio II, 160
Infamia iuris vel facti I, 128, 129
Infantia I, 145
Ingiuria II, 185
Nozione e condizioni II, 185
Effetti II, 186
Forme II, 186
re II, 186
verbis II, 186
In insulam deportatio I, 142
In iure cessio I, 288
Iniuria II, 185
In ius vocatio I, 220
Innominati (contratti) II, 154
Inquilinus II, 139
Insanus II, 278
Institutiones I, 43
Instrumenta nuptialia II, 220
Insula in flumine publico nata I, 322
Intentio I, 225
Intercessio II, 168
Intercessione delle donne II, 174
Intercessioni in generale II, 168
Interdetti (persone) I, 149
Interdicta I, 244
adipiscendae possessionis I, 268
exhibitoria I, 244
prohibitoria I, 244
recuperandae possessionis I, 271
restitutoria I, 244
retinendae possessionis I, 268
Interdictio aqua et igni I, 142
Interdictum de aqua cottidiana et aestiva I, 375
de clandestina possessione I, 272
de cloacis I, 376
de fonte I, 376
de fonte reficiendo I, 376
de glande legenda I, 280
de itinere actuque privato I, 375
de liberis ducendis II, 239
de liberis exhibendis II, 239
demolitorium II, 191
de precario I, 272, 375
de rivis I, 375
de superficie I, 388, 389
de uxore exhibenda et ducenda II, 215
de vi I, 271
duplex I, 270 n. 2
ne vis fiat aedificanti II, 192
quod legatorum II, 292

quorum bonorum I, 305; II, 290, 343
quod vi aut clam II, 190
Salvianum I, 394, 419
unde vi I, 375
uti possidetis I, 268, 375
utrubi I, 375, 269
(*Ad*) *interdicta possessio* I, 258
Interesse plausibile II, 17
Interlocutiones I, 242
Interpellazione II, 67
forma II, 68
in quali casi era necessaria, II, 69
luogo II, 68
modo II, 68
tempo II, 68
Interpolazioni I, 62
esempi I, 65
classificazioni I, 67
Interpositio auctoritatis II, 267
Interpretazione sistematica I, 68
storica I, 69
Invalidità de' negozi giuridici I, 206
Invecta et illata I, 394
Inventarii beneficium II, 335
Invenzione I, 291
Ipoteca generale I, 402
giudiziale I, 401
legale I, 401
speciale I, 401
Istituzioni di GAIO I, 46
di GIUSTINIANO I, 1, 55
Iter I, 352
Iteratio I, 128 n. 1
Iudicatus I, 222
Iudicia legitima I, 239, 243 n. 2
in personam, I, 239
Iudicis datio I, 225
Iudicium de moribus II, 223
domesticum II, 237.
extraordinarium I, 219
IULIANUS (SALVIUS) I, 41
Iura in re aliena I, 255
Ius I, 218, 219
Ius e iudicium I, 218
Ius adcrescendi II, 347
fra collegatari II, 370
Aelianum, I, 17 n. 1, 37
commercii I, 126
connubii I, 126
deliberandi II, 334
distrahendi (pignoris) I, 403
Flavianum I, 17 n. 1
iurandum II, 38
offerendi et succedendi I, 410, 414
Papirianum I, 6, 13
patrum I, 20
possessionis I, 257
possidendi I, 257
respondendi I, 35
retentionis I, 216
singulare I, 103
suffragii et honorum I, 126
trium liberorum II, 275
tollendi I, 335
vectigale I, 382
vendendi II, 237
vitae et necis — sui figli II, 237
Iussus I, 242
Iusta causa usucapionis I, 311
restitutionis I, 253
Iustus titulus possessionis I, 311
Ius vendendi II, 237

L.

LABEO (M. ANTISTIUS) I, 39
Lata culpa II, 76
Latini coloniari I, 127
iuniani I, 123, 127
acquisto della cittadinanza I, 127
Laudatio auctoris I, 332
Laudemio I, 382
Laudum II, 163
Lectio Senatus I, 22
Legato = II, 285
in generale II, 351
acquisto II, 362

ademptio II, 369
dies cedit II, 363
dies venit II, 363
alternativo o di scelta II, 377
di diritti reali II, 374
diritti del legatario II, 364
diritti dell'onerato II, 364
diritto di accrescimento fra collegatarî II, 370
di alimenti II, 373
di una rendita II, 373
di una somma o quantità II, 372
effetti dell'acquisto II, 364
assimilazione coi fedecommessi II, 357
estenzione II, 369
invalidità II, 368
modo di ordinarli II, 361
oggetto II, 359
persone che intervengono II, 357
riduzione in forza della legge Falcidia II, 365
sub demonstratione II, 362
translatio II, 369
Legatum debiti II, 376
generis II, 374
liberationis II, 376
nominis II, 375
partitionis II, 378
per damnationem II, 353-354
per praeceptionem II, 353
per vindicationem II, 352
sinendi modo II, 353-354
speciei II, 372
universitatis II, 372
Legatario = diritti II, 364
Leges-Nozione I, 11
abrogare I, 11, 12
datae I, 31
derogare I, 12
ferre I, 11
generales I, 31
populi tributae I, 9
obrogare I, 11, 12
rogare I, 11, 12
sacratae I, 8
saturae I, 11
subrogare I, 11, 12
Legge — delle citazioni I, 45
crea servitù I, 368
delle dodici tavole I, 13
commentatori I, 18
ricostruzioni I, 18
di Gortyna I, 15 n. 2
Falcidia II, 365
Calcolo II. 367
Eccezioni II, 367
Furia testamentaria II, 365
Parti I, 12
Pubblicazione I, 12
Voconia, II, 365
Leggi regie I, 13
Legis actio I, 220
per judicis arbitrive postulationem I, 222
per condictionem I, 19, 223
per manus iniectionem I, 246
per pignoris capionem I, 246
sacramento I, 221
capita I, 12
praescriptio I, 12
Legitima (portio) II, 325
Legittima (porzione) secondo il Cod. Civ. II, 329
Legittimazione II, 246
secondo il Codice Civ. italiano II, 251
secondo il dir. rom. II, 246
per subsequens matrimonium II, 247
per oblationem curiae II, 247
per rescriptum principis II, 248
Legitimi actus I, 193
Lesione enorme nella compravendita II, 136
Letteratura giuridica dei Romani (avanzi) I, 46
Leviores mores II, 223

Levissima culpa I, 212
Levis culpa I, 211 e II, 76
Lex Acilia repetundarum I, 9, 21
Aebutia I, 224
Aelia Sentia I, 123
Agraria I, 21
Aquilia 9, 18; II, 182, 184
Atilia II, 260
Atinia I, 304
Calpurnia I, 19, 223
Cincia de donis et muneribus II, 164
Claudia II, 276
Coloniae genetivae Juliae seu Ursonensis I, 21
commissoria I, 407; II, 160
Cornelia del 687 di R., I, 26
Dei I, 48
Falcidia de legatis I, 19; II, 365
Fufia Caninia I, 124
Furia de sponsu II, 169
Hadriana de saltibus Africae I, 21
Hortensia I, 5, 9
imperfecta I, 12
Iulia de vi I, 215
Iulia municipalis I, 19
Iulia et Papia Poppea (de maritandis ordinibus) I, 20; II, 235, 260
Commentatori I, 20
Iunia Norbana I, 123
Licinia Sextia I, 21
Malacitana I, 21
Manciana I, 21, 378
Metalli vipascensis I, 21
minus quam perfecta I, 12
Ogulnia I, 6
Ovinia I, 23
Papia Poppaea II, 235
Papiria I, 11
Perfecta I, 12
Plaetoria I, 146, 253; II, 278
Plautia I, 304
Poetelia Papiria II, 102
Publilia Philonis I, 8, 9
Rhodia de iactu II, 193
Romana Burgundionum I, 51
Romana Visigothorum I, 51
Rubria de Gallia cisalpina I, 20
Salpensana I, 21
Silia de legis actione I, 19, 213
Valeria Horatia I, 4, 9
Voconia de mulierum hereditate I, 18
Libellus conventionis I, 249
depositationis II, 226
devortii seu repudii II, 232
responsionis sive contradictionis I, 249
Liberi in potestate I, 152
Liberorum vindicatio II, 239
Libertà I, 110
Libertas dediticia I, 123
directa I, 119
fidei commissaria I, 119
Liberti I, 125
Libertus I, 125 = *orcinus* I, 120
Libripens I, 287
Libum farreum II, 200
Litis contestatio I, 237 e II, 57
Effetti interruttivi dell'usucapione I, 238
Litis denuntiatio I, 220
Literarum obligatio II, 109
Litera florentina I, 58
pisana I, 58
vulgata I, 58
Locatio conductio = nozione II, 136
effetti e specie II, 138
rerum II, 138
operum II, 138-142
operarum II, 138-142
Longinus (C. Cassius) I, 39
Longi temporis capio I, 307
Lucrative (cause) = Concorso di II, 98
Lucro cessante I, 213
Lustratio I, 118
Lustrum I, 118

M.

Magister bonorum I, 247
Mancipatio I, 287
del figlio II, 255
familiae II, 299
Mancipazione del figlio di famiglia
propter pecuniam I, 154
propter noxae deditionem I, 154
Mancipium I, 153
Mandata I, 31, 242
Mandante = obbligazioni II, 152
Mandatario = obbligazioni II, 151
Mandato = nozione e requisiti II, 149
generale II, 151
misto II, 151
semplice II, 151
speciale II, 151
qualificato II, 173
effetti fra i contraenti e i terzi II, 153
effetti tra mandante e mandatario II, 151
estinzione II,
Mamdator II, 173
Manomissione *inter amicos* I, 121
in ecclesiis I, 120
inter epulas I, 121
per censum I, 118
per mensam I, 121
per testamentum I, 119
per vindictam I, 116
fatta dal non proprietario I, 131
per epistulam I, 126
Manupretium II, 137
Manus I, 152
maritalis I, 152 e II, 202
iniectio I, 219, 246
Manutenzione (azione di), 273
MARCELLUS (ULPIUS) I, 41
MARCIANUS (AELIUS) I, 42
Maritalis affectio II, 205
Masse del BLUHME I, 57
Matrimonio = Concetto II, 198
Capacità II, 204
Consenso II, 205
Impedimenti II, 207
Rapporti giuridici derivanti II, 213
Requisiti II, 204
Scioglimento, II, 229
Mediocres culpae (nei divorzi) II, 235
Mente capti I, 148
Merces II, 137
Merx II, 128
Minore — Amministrazione dei beni secondo il C. C. II, 272
rappresentanza secondo il Cod. Civ. II, 271
relat. all' errore di diritto, I, 187
relat. alla *restitutio in integrum* I, 253
Missio in bona I, 248, 250, 403
in possessionem damni infecti nomine I, 302, 404
legatorum servandorum causa I, 404
rei servandae causa I, 404
ventris nomine I, 404 II, 344
ex primo decreto II, 192
MODESTINUS (HERENNIUS) I, 43
Moderamen inculpatae tutelae I, 216
Modi di acquisto della proprietà I, 127
originari o derivativi I, 287
civili o naturali I, 287
particolari o universali I, 287
Modo I, 204
Modus I, 204
Moglie = reati domestici della — II, 215
Morbi I, 148
Mora II, 66
del creditore II, 73
del debitore II, 66
effetti II, 70
ex re II, 69
in solvendo II, 65
purgazione II, 73

requisiti II, 66
Mores leviores II, 223
graviores II, 223
majorum I, 3
Morte I, 138
estingue le azioni I, 250
Mortis causa capiones II, 389
Mos gallicus jura docendi I, 82, 93
italicus I, 82, 93
Multa poenitentialis II, 34
Mutatio familiae I, 144
Mutuo II, 113
azioni II, 115
dazione II, 114
effetti II, 115
oggetto II, 114
del figlio di famiglia II, 117

N.

Nascita dell'uomo I, 106
prova I, 107
Nasciturus I, 106
Natalium restitutio I, 125
Necessarii heredes II, 330
Negatoria in rem actio I, 229 n. 1, 336
utilis nell'enfiteusi I, 380
nella superficie I, 389
nel pegno I, 420
Negotia iuris I, 193
condicionalia I, 195
pura I, 195
Negotiorum gestio II, 176
del tutore II, 267-268
Negotium claudicans I, 210
Negozi giuridici I, 193
Nemo pro parte testatus decedere potest II, 286
Nexi liberatio II, 102
Nexum concetto II, 100
forma per contrarlo II, 101
Nomen facere II, 109
transcripticium II, 109
Nominatio auctoris I, 332
Nomocanoni I, 72
Nota d'infamia I, 129
Novandi animus II, 93
Novazione II, 57, 93
Novellae I, 61
Novella 115, II, 138
Novelle 118 e 127 II, 317-318
Noxae dare II, 194
deditio I, 154 e II, 237
Noxales actiones II, 193
Nozze (seconde) II 233
Nuda proprietas I, 355
Nudum ius Quiritium I, 283, 284, 285
Nullità degli atti giuridici I, 206
Nuntiatio operis novi II, 191
Nuncupatio testamenti II, 300
Nuova opera (denunzia di) II, 191
Nuptiae incestae II, 202
nefariae II, 202
Nuptialia instrumenta II, 220

O.

Obbietto dell'atto giuridico I, 206
requisiti I, 206
Obbligazione II, 1
definizione II, 1
concetto etimologico II, 1
fonti II, 1
oggetto II, 1
Obbligazioni = alternative II, 47
cessione II, 79
effetti II, 82
nascenti da varie cause II, 188
civili II, 39
Obbligazioni correali II, 51
determinate II, 46
esecuzione II, 61
divisibili II, 43
estinzione II, 85
ipso iure II, 85
ope exceptionis II, 85-86
facoltative II, 48
fonti II, 35

generiche II, 49
indeterminate, II, 46
indivisibili II, 43
inesecuzione II, 74
derivante da caso fortuito II, 74
da dolo o da colpa II, 74
in solido II, 50
letterali nel dir. Giustinianeo II, 111
limitazione degli effetti della cessione II, 84
luogo dell'esecuzione II 163
naturali II, 40
nozione II, 1
oggetto II, 3, 4
pagamento II, 86
parziarie II, 50
semplicemente solidali II, 51
successione II, 78
tempo dell'esecuzione II, 64
Obligatio II, 19
literarum II, 19, 109
verbornm II, 19
Oblatio rite facta II, 73
Occupazione I, 290, 292
Ofilius (Aulus) I, 38
Onere della prova I, 239
Operae servorum et animalium I, 259
Opinio domini I, 259
Oratio I, 24, 31
Orbi I, 20
Orbitas punita dalla *lex Papia* I, 20
Orcinus libertus I, 120
Ordinatio iudicii I, 219
Ordo iudiciorum privatorum I, 218, 248
publicorum I, 218
magistratuum I, 23
Origine I, 150

P.

Pacta adiecta II, 158
legitima II, 21, 158
nuda II, 21
nuptialia II, 221
praetoria II, 21, 158
Pactum II, 158
de non alienando II, 161
de non petendo II 56, 96
in personam II, 96
in rem II, 96, 97
de pignore non distrahendo I, 407
de retrovendendo II, 159
displicentiae II, 161
hypothecae I, 399
ne divertere liceat II, 231
ne dolus praestetur I, 214
protimeseos II, 159
reservatae hypothecae II, 161
Paetus (Sextus Aelius) I, 37
Pagani I, 150
Pagamento — d' indebito II, 178
nelle obbligazioni II, 86
effetti II, 88
prova II, 89
Pandette I, 55, 57
parti I, 57
Panis farreus II, 200
Papianus I, 51
Papinianus (Aemilius) I, 42
Papirianum (ius) I, 6, 13
Parapherna II, 226
Parafrasi di Teofilo I, 71
Parentelae respectus I, 133
Pars secundus I, 70
Parti integranti o costitutive I, 175
Partitio legata II, 378
Passaggio forzato I, 280
Paterfamilias I, 134
Casi in cui resta obbligato pel figlio II, 241
Rapporti personali col figlio II, 237
rapporti patrimoniali col figlio II, 239
Patres conscripti I, 23
Patria potestas I 152

Patria potestà nel diritto romano II, 236
nel diritto civile II, 242
acquisto per procreazione II, 246
per legittimazione II, 246
per adozione II, 248
secondo il Codice Civile II, 251
effetti rispetto alle persone II, 242
rispetto alle persone II, 243
estinzione per diritto romano II, 255
per diritto civile II, 256
Patroni I, 125
Patto anticretico II, 161
commissorio II, 160
di donazione II, 164
di pentimento II, 161
di ipoteca II, 162
di prelazione II, 159
Patti *(pacta, pactiones, pacta conventa)* II, 158
legittimi II, 163
nudi II, 165
pretori II, 162
Paulliano (azione) II, 195
PAULUS (IULIUS) I, 43
Pauperie (actio de) II, 194
Peculio del *filiusfamilias* II, 239
castrense II, 240
adventicium II, 241
profecticium II, 240
quasi castrense II, 240
Pecunia certa II, 105
Pecuniarità della prestazione II, 17
Pecunia traiecticia II, 116
Pedarii (senatores) I, 23,
Pegno o ipoteca I, 391 = generale I, 402
legale I, 401
speciale I, 401
nozione I, 395; II, 126
obligazioni del creditori pignoratizio II, 126
del pignorante II, 127
Costituzione I, 399
effetti I, 405
estinzione I, 421
oggetto I 396
storia I, 391
Pena convenzionale II, 35
Pensio I, 378; II, 137
Perdita — della cittadinanza I, 142
della proprietà I, 330
secondo il dir. italiano I, 142
Peregrini = non potevano essere istituiti eredi II, 305
Perenzione d'istanza I, 243
Perfecta (lex) I, 12
Pericolo e comodo nella compravendita II, 131
Periculum II, 131
Permuta II, 156
Persecutio I, 243
Persona I, 105
Estinzione I, 138
Persone giuridiche I, 154
classi I, 155
Pertinenze I, 175
Petitio hereditatis II, 340
Petizione di eredità II, 340
Piae causae I, 159
Pictura, I, 326
Pigneraticia actio I, 393, 417; II, 127
Pignoris remissio I, 421
capio I, 403, 246
Pignus I, 392 e segg.
in causa iudicati captum I, 403
praetorium I, 403
Plantatio I, 323
Plebei = ammissione nelle curie I, 6
Plebiscita = Nozione I, 9
Plenum dominium ex jure Quiritium I, 283
requisiti I, 283
Pollicitatio II, 6
Pollicitazione II, 6
POMPONIUS (SEXTUS) I, 40
Populiscita I, 9

Portio legitima II, 325
Porzione legittima secondo il Codice Civile II, 329
Positum et suspensum II, 127
Possessio ad interdicta I, 258
bonae vel malae fidei I, 259
civilis vel naturalis I, 258
ficta I, 333
iusta vel iniusta I, 259
Possessione (in) esse I, 258
Possesso I, 256 = acquisto per mezzo di rappresentanti I, 264
de' dritti I, 276
giuridico I, 258
naturale I, 258
effetti I, 258
perdita I, 266
secondo il Cod. Civ. I, 273
Possessorie (azioni) a tutela di servitù I, 375
Postliminio, I, 113
Postulare I, 129
Postumi = Non potevano essere eredi istituiti II, 305
Aquiliani II, 322
legittimi II, 322
quasi aquiliani II, 322
quasi velleiani II, 323
Velleiani II, 323
Potestas patria I, 152 e II, 236
dominica o *herilis* I, 152
Praedes I, 221
Praediator I, 306
Praedia stipendiaria I, 284
tributaria I, 284
Praediatura I, 306
Praeiudicium I, 226, 242
Praerogativae (centuriae) I, 8
Praescriptio legis I, 12
Praescriptio longissimi temporis I, 251, 316
longi temporis I, 306, 237, 250; II, 85
triginta annorum I, 251, 316
Praescriptores pro actore I, 237
pro reo I, 237
Praesumptiones iuris I, 240
Practor fidecommissarius II, 355
tutelaris II, 261
Pragmaticae sanctiones I, 31
Precario II, 157
Precarium I, 272, 375
Prelazione nel diritto di pegno o d'ipoteca II, 412
per priorità di tempo I, 412
per privilegio I, 412
per pubblicità dello strumento I, 412
del *dominus emphyteuseos* I, 382
Prelegato a favore d'un coerede II, 358
Prescrizione I, 236, 307
Estingue le azioni I, 250
Estintiva di enfiteusi I, 386
delle servitù I, 372
Prestazione II, 15
illecità II, 17
indeterminata II, 17
possibile II, 15
impossibilità II, 97
Prestito a cambio marittimo II, 117
Presunzioni di morte I, 139
Prezzo della compravendita II, 129
Prigionia di guerra I, 113
Princeps senatus I, 23
Priscus (L. Iavolenus) I, 40
Priscus (L. Neratius) I, 40
Privilegi I, 412
Privilegia I, 102
Procedimento formulare I, 224
di esecuzione I, 246
in iure I, 219
in iudicio I, 239
Processo civile romano I, 217
Procreazione = fa acquistare la patria potestà II, 246
Proculiani I, 36
Proculus I, 37, 39.

Procurator in rem propriam I, 336; II, 81
omnium bonorum II, 151
Prochiro I, 74
Prodighi I, 149
Prodigus I, 149
Pro derelicto I, 312
donato I, 312
dote I, 312
emptore I, 312
herede I, 312
legato I, 312
possessore II, 341
Profecticium (*peculiam*) II, 240
Professione I, 149
Pro herede gestio II, 331
possesso II, 341
Prohibitoria (formula) I, 338
Promissio dotis II, 219-20
Pronuntiatio I, 242
Proprietà I, 278
acquisto a titolo universale I, 287, 329.
dei peregrini sui fondi provinciali I, 284
Prota I, 57
Protutore II, 270
Prova della vita del neonato I,
onere della I, 139
per giuramento I, 241
scritta I, 241
testimoniale I, 240
Provocatio sacramento I, 221
Publiciana (azione) I, 285
Pubblicazione nella legge I, 12
Publiciana actio I, 285, 339
confessoria I, 375
Pubertà I, 146
Pupilli I, 145

Q.

Quantitates I, 171
Quasi contratti II, 36, 175
Quasi delitti II, 187, 37
Quasi castrense peculium II, 240
Quasi possesso delle servitù I, 369
Quasi, serviana actio I, 394
Quasi usufrutto I, 360
Querela inofficiosae donationis II, 327
dotis II, 327
inofficiosi testamenti II, 326
non numeratae pecuniae II, 112
Quod vi aut clam — interdetto II, 190

R.

Rapina II, 181
Rapporti di vicinanza I, 280
Rapporti personali tra padre e figlio II, 237
Ratifica (di atto annullabile) I, 209
Ratto — esclude le nozze fra il rapitore e la rapita II, 209
Rauduscului II, 200
Receptitia actio II, 163
Receptum arbitrii II, 162
argentariorum II, 163
cauponum II, 163
nautarum II, 163
Recezione (teoria della) II, 11
Recuperatores I, 218
Redemptio operis II, 142
locator II, 142
conductor II, 143
Redemptores litium II, 84
Redemptus ab hostibus I, 154
Redibitoria actio II, 135
Reditus II, 137
Regiones I, 7
Regresso del fideiussore I,
Regula agendi I, 99
catoniana II, 368
Regulae (di Ulpiano) I, 47
Reintegrazione (azione di) I, 275
Reipetitio utilis I 285, 382

nel diritto di superficie I, 389
Reivindicatio directa I,
utilis I, 285, 382, 389
Relatio (nei Senatoconsulti) I, 24
Religione I, 150
come impedimento di matrimonio II, 208
Reliquiae ineditae (jurisprudentiae anteiustinianae) I, 49
Remedium ex lege ultima codicis de edicto divi Adriani tollendo II, 344
Remotio tutoris II, 273
Replicatio I, 236
longi temporis I, 307
Repudium II, 230, 232
Res communes I, 165
derelictae I, 167
fiscales I, 315
divini vel humani juris I, 164, 165
in patrimonio vel extra patrimonium I, 164
in commercio vel extra commercium I. 164
nullius I, 167
pubblicae I, 165
sacrae, sanctae, religiosae I, 165
mancipi vel nec mancipi I, 178
vi possessae I, 304
Rescissione dei negozi giuridici I, 208
Rescripta I, 31
Rescriptus parentelae I, 135
Responsi de' giureconsulti I, 35
Responsio celsina I, 40
Responsorum papiniani fragmenta I, 49
Restipulatio I, 245, II, 106
Restitutio in integrum I, 253
iusta causa I, 253
contro la violenza, il dolo o l'errore I, 254
contro omissioni 254
per minore età I, 253
propter metum I, 185
Restitutio natalium I, 125
Res uxoria II, 217
Retentio propter impensas 224
propter res amotas II, 224
propter res donatas II, 224
propter mores II, 223
propter liberos II, 223
Reus stipulandi II, 104
promittendi II, 164
Revindica I, 331
oggetto I, 331
soggetti I, 331
scopo ed effetti I, 333
eccezioni del convenuto I, 334
cessione I, 336
Reversio ad dominum I, 315 n. 1
Revocatio in servitutem I, 115
Riconduzione tacita II, 140
Riduzione dei legati = eccezioni II, 367
Riforma di Servio Tullio I, 6, 7
Risarcimento del danno I, 213
Ritenzione (diritto di) I, 216
Rogatio legis I, 7, 11, 12
fatta dal re I, 5
metodo I, 7
Rufus (Servius Sulpicius) I, 38
Rustici (relativamente all'errore di diritto) I, 187

S.

Sabiniani I, 36
Sabinus (Massurius) I, 39
Sacramentum I, 221
Salvianum interdictum I, 394, 419
Salute fisica e mentale I, 148
Sanctiones pragmaticae I, 31
Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii I, 75
Sanctio legis I, 12
Satisdatio = rem pupilli salvam fore II, 270
Scaevola (A. Cervidius) I, 41
Scaevola (Q. Mucius), I, 37

Scavi I, 292
Schiavitù I, 110 e segg.
Scommessa II, 167
Scolii a' Basilici I, 73
Scriptura I, 326
Scriptura (tributo) I, 377
Scuola bolognese del diritto I, 78
  francese I, 85
  olandese I, 87
  storica I, 88
  tedesca I, 88
Scuole de' giureconsulti I, 36
Sectio I, 289
Sector I, 289
Seminatio I, 323
Semis II, 308
Senatoconsulto I, 22
  = parti I, 24
  Claudiano I, 25 n. 10
  Giovenziano I, 40
  Liboniano I, 25 n. 10
  Macedoniano I, 25
  Neroniano I, 52
  Orfiziano II, 316
  Pegasiano II, 380
  Planciano *de partu agnoscendo* I, 25
  Silaniano I, 25 n. 10
  Tertulliano I, 25 n. 10; II, 316
  Trebelliano II, 380
  Turpilliano I, 25 n. 10
  Velleiano II, 174
Senato = costituzione I, 22
Senatores pedarii I, 23
Senatus lectio I, 23
Sententiae di Paolo I, 47
Sentenza I, 241
Sepulchrum violatum II, 193
Sequestraria actio II, 125
Sequestro II, 124
Servi in potestate I, 152
Serviana actio I, 394
Servitù = nozione I, 341
Servitù apparenti e non apparenti I, 345
  continue I, 345
  discontinue I, 345
  irregolari I, 341 n. 1, 354
  legali I, 345
  negative I, 344
  personali I, 144, 354
  positive I, 354,
  prediali I, 344, 345
  rustiche I, 344
  urbane I, 344
  costituzione I, 365
  estinzione I, 369
Servitus actus I, 352
  altius non tollendi I, 351
  aquae e ducendae I, 353
  aquaeductus I, 353
  arenae fodiendae I, 354
  calcis coquendae I, 354
  cloacae immittendae I, 351
  eximendi (*lapidis, cretam*), I, 354
  fluminis recipiendi I, 350
  fumi inmittendi I 352
  itineris I, 352
  luminum I, 351
  ne luminibus officiatur I, 351
  oneris ferendi I, 344, 350
  pascendi I, 354
  pecoris ad aquam adpellendi I, 353
  proiiciendi vel protegendi I, 344, 350
  prospiciendi seu ne prospectui officiatur I, 351
  stercolinii I, 351
  stillicidii I, 344, 350
  tigni immittendi I, 344, 350
  viae I, 353
Servus corruptus II, 193
Servus poenae I, 115
  sine domino I, 111
Sesso I, 147
Sibi solvere II, 32
Sistema romano dei contratti II, 18

Signatio = nei testamenti II, 303
Si index litem suam fecit II, 188
Simulazione = assoluta e relativa
Syngrapha II, 110
Sobrino sobrinave natus = nella successione ereditaria II, 315
Soci = diritti e obblighi fra loro II, 146
Soci = diritti e obblighi verso terzi II, 148
Società civili e corpi morali I, 158
leonina II, 147
nozione e requisiti II, 144
scioglimento II, 148
Societates = *non quaestuariae* II, 145
quaestuariae II, 145
Societatis affectio II, 145
Societates mixtae II, 145
operarum II, 145
omnium rerum II, 145
quaestus II, 146
lucri II, 146
compendii II, 146
unius rei II, 146
alicuius negotiationis II, 146
Sociniana cautela II, 326
Solarium I, 387
Sodalicia I, 157
Soldati (rel. all'errore di D.) I, 187
Solidarietà semplice, II, 58
Solutio II, 54, 86
indebiti II, 178
Solutio per aes et libram II, 102
Somme de' Digesti e del codice I, 71
Sostituzione pupillare II, 309
Sostituzione quasi pupillare II, 310
Sostituzione volgare II, 308
Sostituzioni II, 308
Specificazione I, 293
Species I, 171
Spese I, 176
Spese necessarie I, 334
utili I, 334
voluttuarie, I, 335
Sponsali = definizione II, 211
Effetti giuridici II, 212
Requisiti II, 211
Sponsio II, 103 e 169
poenalis I, 245
Sponsu (*ex... actio*) II, 212
Spurius Carvilius (soprann. Ruga)
Suo divorzio II, 231
Stipulationes partis et pro parte II, 379
Stati dell'uomo I, 110
Stationes I 36
fisci I, 162
Stato di cittadinanza I, 126
Stato di famiglia I, 132
Stato di libertà I, 110
Schiavitù = origine I, 112
= per D. delle genti I, 113
= per D. Civile I, 114
= Estinzione I, 116
= per legge, I, 116
= per manumissione I, 116
Statu liber I, 111
Stipulatio Aquiliana I, II, 95
Stipulatio poenae II, 35
Stipulationes duplae II, 133
partis et pro parte II, 389
quasi emptae venditae hereditatis II, 380
Stipulazione II, 103
= forma II, 104
= svolgimento II, 204
= uso II, 105
Storia del diritto romano = scopo I, 2
Stultus II, 278
Suasiones I, 11
Subscriptio = ne' testamenti II, 303
Subscriptiones I, 31
Subastatio I, 290
Successio in universum ius II, 283
possessionis I, 314
Successione nei diritti I, 189
nelle obbligazioni II, 78
universale e particolare I, 182

intestata = Nov. 118 e 127
modificazioni introdotte da costituzioni imperiali II, 307
sistema decemvirale II, 313
sistema pretorio II, 314
irregolare II, 320
materiale II, 324
necessaria = formale II, 321
= diritto civile II, 322
= diritto pretorio II, 323
riforma Giustinianea prima della nov. 115, II, 324
= Nov. 115 = II, 328
= Riepilogo II, 328
Successioni necessarie II, 321
Sui iuris I, 144, 151
Sui et necessarii heredes II, 330
Superficiario = diritti e azioni I, 388
obblighi I, 389
Superficies I, 387 = costituzione I, 389
= estinzioni I, 390
= Differenza dall'enfiteusi I, 390
Suppegno I, 416
Surroga ipotecaria I, 413
Suspensum II, 187

T.

Tabulae accepti et expensi II, 108 *dotis* II, 220
nuptiales II, 220
septem signis signatae II, 289
Tabula Heracleensis I, 19
Tempo per la usucapione secondo il C. C., I, 319
Termine I, 202
primordiale e finale I, 202
Tesoro I, 292
Testamenti factio II, 296
activa II, 296
passiva II, 296
Testamento nel diritto Giustinianeo II, 301
Testamenti pubblici nel dir. Giust. II, 301
Testamenti nuncupatio II, 300
Testamento = capacità di testare II, 296
forme straordinarie II, 303
forme private giustinianee II, 302
forme in generale II, 298
in generale II, 295
in procinctu II, 299
invalidità II, 310
pretorio II, 300
pubblico orale II, 301
scritto II, 302
Testamentum calatis comitiis II, 298
destitutum seu desertum II, 311
irritum II, 311
militare II, 311
per aes et libram II, 299
ruptum II 211
ruri conditum II, 304
tempore pestis conditum II, 304
Testimoni I, 240
Testis unus I, 240
Textura I, 326
Tignum iunctum I, 324
Titolo al portatore I, 317
Titolo = giusto I, 311
putativo I, 312
Traditio = in generale I, 284, 295
brevi manu I, 263, 297
fatta dal creditore pignoratizio I, 296
Tradizione = secondo il Codice Civile I, 300
Traiecticia pecunia II, 116
Transcriptio = *a persona in personam* II, 109
a re in personam II, 109
Transazione II, 166
Translatio legati II, 166
Transmissio = *ex capite in integrum restitutionis* II, 146
ex capite infantiae II, 146

Justinianaea II, 346
Teodosiana II, 346
Trasmissioni II, 345
Tribù I, 7
Tribuni I, 8
Tributi (comizi) I, 8
Tributoria actio II, 242
Trinoctii usurpatio I, II, 203
Trinundinum I, 11
Tripertita(*Aelii Peti*) I, 37
Triplicatio I, 236
Tripondium II, 308
Triticaria condictio II, 107
Turpitudo I, 129 n. 1
Tutela = in generale II, 257
azioni contro il tutore II, 269
capacità e obbligo di assumerla II, 263
cauzioni del tutore II, 270
dativa II, 260
dei diritti I, 214
tutelae actio II, 269
excusationes II, 263
esclusione II, 264
esenzione, II, 263
incapacità II, 263, 264
fiduciaria II, 261
legittima II, 259
muliebre II, 273
pupillare II, 259
fine II, 273.
rapporti giuridici tra tutore e pupillo II, 266
rimozione II, 265
secondo il codice civile = dispensa II, 265
testamentaria II, 259
uffici del tutore II, 271
Tutores honorarii II, 268
falsi II, 270
Tutor fiduciarius II, 276
gerens II, 268
Tutoris abdicatio II, 273
Tutoris datio II, 261
nominatio II, 261
remotio II, 273
suspecti accusatio II, 269

U.

Ulpianus (domitius) I, 42
Umanisti I, 84
Umbilicus (*Pandectarum*) I, 57
Unde cognati II, 315
legitimi II, 315
liberi II, 314
vir et uxor II, 316
Universitas = come oggetto di successione II, 282
di mobili = È capace di manutenzione I, 274
Universitates = nozione I, 155
rerum I, 159, 331
juris I, 173
Uso I, 361
lungo = crea servitù I, 369
Usufrutto I, 354 — legale del padre sui beni del figlio II, 244
diritti dell' usufruttuario I, 355
obblighi dell' usufruttuario I, 358
Usurpatio trinoctii II, 203
Usucapio = *libertatis* nelle servitù urbane I, 372
nell' enfiteuri I, 383
nel pegno I, 422
Usucapione = nozione I, 302
giustinianea I, 308
dell' enfiteusi 383
lucrativa *pro herede* I, 304
straordinaria I, 316
secondo il C. C. I, 317
Usurae II, 116
Usurecceptio I, 304, 306
fiduciae causa I, 306
ex praediatura I, 306
Usus I, 361
come forma di matrimonio I, 153; II, 201

Uterini (fratelli) I, 134
Utilis rei petitio
in rem actio (*de superficie*) I, 389
Uti possidetis I, 268, 375
Utrubi I, 269, 375

V.

Vacanti (beni) II, 389
Vacua possessionem tradere II, 132
Vades e *vadimonium* I, 220
Variae causarum figurae I, 189
Vaticana fragmenta I, 48
Vedova = anno di lutto II, 233
vectigal I, 377
Venatio I, 291
Vendita = *ex auctione* II, 233
Venditio bonorum I, 247
sub hasta I, 289
Venditore = obbligazioni II, 132
Venia aetatis II, 280
Venire diem legati II, 363
Ventris curator I, 106
Versio vulgata I, 61
Via I, 353
Vindex I, 219, 246
Vindicias dicere I, 222
Vis absoluta I, 184
compulsiva I, 184
Volontà — ne' negozi giuridici I, 206
Votazione — di un Sc. I, 24

INDICE

Libro Terzo.

DELLE OBBLIGAZIONI

PARTE GENERALE.

§ 100. Nozione, oggetto e fonti delle obbligazioni . . . . . *Pag.* 1

Capo I. — *Dei contratti in generale.*

§ 101. Concetto del contratto . . . . . » 5
§ 102. Capacità dei contraenti . . . . . » 8
§ 103. Del consenso . . . . . » 10
§ 104. Dell'oggetto del contratto . . . . . » 15
§ 105. Della causa dei contratti . . . . . » 18
§ 106. Distinzioni dei contratti . . . . . » 22
§ 107. Degli effetti dei contratti . . . . . » 25
§ 108. Dei modi di garantire l'esecuzione dei contratti . . . » 33

Capo II. — *Delle altre fonti di obbligazione in generale.*

§ 109. Dei quasi-contratti . . . . . » 35
§ 110. Dei delitti e quasi-delitti . . . . . » 37

Capo III. — *Delle diverse specie di obbligazioni.*

§ 111. Delle obbligazioni civili e naturali . . . . . » 39
§ 112. Delle obbligazioni divisibili e indivisibili . . . . » 43
§ 113. Delle obbligazioni determinate e indeterminate, alternative, facoltative e generiche . . . . . » 46
§ 114. Delle obbligazioni in solido . . . . . » 50

Capo IV. — *Dell'esecuzione delle obbligazioni.*

§ 115. Dell'esecuzione dell'obbligazione quanto all'oggetto. — *Datio in solutum: Beneficium competentiae* . . . . . » 61

§ 116. Del luogo dell'esecuzione dell'obbligazione . . . . *Pag.* 63
§ 117. Del tempo dell'esecuzione dell'obbligazione . . . . » 64
§ 118. Della mora del debitore e del creditore. . . . . » 66
§ 119. Dell'inesecuzione delle obbligazioni derivanti da caso fortuito, da dolo e da colpa . . . . . » 74

CAPO V. — *Della successione nelle obbligazioni.*

§ 120. Principi generali . . . . . » 78
§ 121. Della cessione dei crediti . . . . . » 79

CAPO VI. — *Dell' estinzione delle obbligazioni.*

§ 122. Principii generali . . . . . » 85
§ 123. Del pagamento . . . . . » 86
§ 214. Della compensazione . . . . . » 90
§ 125. Della novazione . . . . . » 93
§ 126. Dell'accettilazione e del patto di non chiedere . . . » 95
§ 127. Altri casi meno importanti di estinzione . . . . » 97

PARTE SPECIALE.

CAPO VII. — *Contratti verbali.*

§ 128. Dei contratti verbali in generale e del *nexum* in particolare » 101
§ 129. Della stipulazione . . . . . » 104

CAPO VIII. — *Contratti letterali.*

§ 130. Dei contratti letterali del diritto antico . . . . » 108
§ 131. Del contratto letterale del diritto giustinianeo . . » 112

CAPO IX. — *Contratti reali.*

§ 132. Del mutuo . . . . . » 114
§ 133. Del commodato . . . . . » 119
§ 134. Del deposito . . . . . » 122
§ 135. Del contratto di pegno . . . . . » 127

CAPO X. — *Contratti consensuali.*

§ 136. Compra e vendita . . . . . » 128
§ 137. Locazione e conduzione . . . . . » 137
§ 138. Società . . . . . » 145
§ 139. Mandato . . . . . » 150

CAPO XI. — *Contratti innominati.*

§ 140. Dei contratti innominati in generale . . . . . Pag. 155
§ 141. Principali contratti innominati . . . . . » 157

CAPO XII. — *Dei patti.*

§ 142. Patti adietti . . . . . » 159
§ 143. Patti pretorii . . . . . » 163
§ 144. Patti legittimi . . . . . » 164
§ 145. Patti nudi . . . . . » 166

CAPO XIII. — *Convenzioni accessorie dirette ad assicurare l' esecuzione di una obbligazione.*

§ 146. Delle intercessioni in generale . . . . . » 169
§ 147. Della fideiussione . . . . . » 170
§ 148. Costituto di debito altrui . . . . . » 173
§ 149. Mandato qualificato . . . . . » 174
§ 150. Intercessione delle donne . . . . . » 275

CAPO XIV. — *Quasi-contratti.*

§ 151. Osservazioni preliminari . . . . . » 176
§ 152. Dei singoli quasi-contratti . . . . . » 177

CAPO XV. — *Delitti e quasi-delitti.*

§ 153. Furto e rapina . . . . . » 180
§ 154. Danno dato ingiustamente . . . . . » 183
§ 155. Ingiuria . . . . . » 186
§ 156. Quasi-delitti . . . . . » 188

CAPO XVI. — *Obbligazioni che nascono da varie altre cause.*

§ 157. Obbligazioni nascenti da rapporti di vicinanza . . . » 190
§ 158. Casi speciali di danneggiamento. — Azione Paulliana . . » 193
§ 159. Obbligo della esibizione . . . . . » 197

LIBRO QUARTO.

DIRITTO DI FAMIGLIA

CAPO I. — *Del matrimonio.*

§ 160. Concetto e storia del matrimonio . . . . . » 199
§ 161. Requisiti del matrimonio . . . . . » 205
§ 162. Degli sponsali . . . . . » 212

§ 163. Rapporti giuridici nascenti dal matrimonio . . . . . *Pag.* 214
§ 164. Della dote e dei beni parafernali . . . . . » 218
§ 165. Delle donazioni fra i coniugi avanti e durante il matrimonio » 228
§ 166. Scioglimento del matrimonio . . . . . » 230
§ 167. Delle seconde nozze . . . . . » 234
§ 168. Del celibato . . . . . » 235

CAPO II. — *Dei rapporti fra genitori e figli.*

§ 169. Della patria potestà. — Sue nozioni e suoi effetti . . . » 237
§ 170. Dei modi coi quali si acquista la patria potestà . . . » 246
§ 171. Estinzione della patria potestà . . . . . » 256

CAPO III. — *Della tutela e della cura.*

§ 172. Della tutela in generale . . . . . » 258
§ 173. Tutela pupillare e sue specie . . . . . » 260
§ 174. Capacità ed obbligo di assumere la tutela pupillare . . » 264
§ 175. Rapporti giuridici fra tutore e pupillo . . . . . » 267
§ 176. Termine della tutela pupillare . . . . . » 275
§ 177. Tutela muliebre . . . . . » 274
§ 178. Della cura e delle varie sue specie . . . . . » 278

LIBRO QUINTO.

DIRITTO DI EREDITÀ

CAPO I. — *Nozioni preliminari.*

§ 179. Della successione per causa di morte in generale . . . » 283
§ 180. Delazione ed acquisto dell'eredità . . . . . » 286
§ 181. *Hereditas* e *bonorum possessio* . . . . . » 289

CAPO II. — *Della successione testamentaria.*

§ 182. Del testamento in generale . . . . . » 296
§ 183. Capacità di testare . . . . . » 297
§ 184. Forme dei testamenti nel diritto antico . . . . . » 299
§ 185. Forme dei testamenti nel diritto giustinianeo . . . » 302
§ 186. Forme straordinarie dei testamenti . . . . . » 304
§ 187. Della istituzione dell'erede . . . . . » 306
§ 188. Delle sostituzioni . . . . . » 309
§ 189. Invalidità dei testamenti . . . . . » 311

CAPO III. — *Successione intestata o legittima.*

§ 190. Cenni preliminari . . . . . *Pag.* 313
§ 191. Sistema della legge decemvirale . . . . . » 314
§ 192. Sistema del diritto pretorio . . . . . » 315
§ 193. Riforme introdotte dai senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano e da costituzioni imperiali . . . . . » 317
§ 194. Successione intestata secondo le Novelle 118 e 127 . . » 318

CAPO IV. — *Delle successioni necessarie.*

§ 195. Della successione necessaria formale del diritto antico . . » 323
§ 196. Della successione necessaria materiale, ossia della porzione legittima e del testamento inofficioso . . . . . » 325
§ 197. Della successione necessaria nell'ultimo stadio del diritto romano . . . . . » 329

CAPO V. — *Dell' acquisto dell' eredità.*

§ 198. Requisiti per l'acquisto dell'eredità civile . . . . . » 331
§ 199. Acquisto della *bonorum possessio* . . . . . » 333
§ 200. Effetti dell'acquisto dell'eredità di fronte ai terzi . . » 334
§ 201. Effetti dell'acquisto dell'eredità nei rapporti dei coeredi fra loro . . . . . » 338

CAPO VI. — *Azioni risultanti dall' acquisto dell' eredità.*

§ 202. Della petizione di eredità . . . . . » 341
§ 203. Azione di divisione dell'eredità . . . . . » 343
§ 204. Mezzi di tutela provvisoria del diritto ereditario . . . » 344

CAPO VII. — *Del non acquisto dell' eredità deferita.*

§ 205. Delle trasmissioni . . . . . » 346
§ 206. Diritto di accrescimento . . . . . » 348

CAPO VIII. — *Perdita dell' eredità.*

§ 207. Delle cause di perdita dell'eredità . . . . . » 350
§ 208 Alienazione dell'eredità . . . . . » 351

CAPO IX. — *Dei legati e fidecommessi singolari.*

§ 209. Dei legati in generale . . . . . » 352
§ 210. Dei legati propriamente detti *(legata)* . . . . . » 353
§ 211. Dei fidecommessi singolari . . . . . » 354

§ 212. Delle persone che intervengono in un legato . . . *Pag.* 358
§ 213. Delle cose che possono formare oggetto di un legato . . » 360
§ 214. Del modo di ordinare i legati . . . . . » 361
§ 215. Acquisto dei legati . . . . . » 363
§ 216. Effetti dell'acquisto dei legati . . . . . » 365
§ 217. Della legge Falcidia . . . . . » 366
§ 218. Della invalidità dei legati . . . . . » 369
§ 219. Del diritto di accrescimento . . . . . » 371
§ 220. Di alcuni legati in particolare . . . . . » 373

CAPO X. — *Dei fidecommessi universali.*

§ 221. Nozione e storia del fidecommesso universale . . . » 379
§ 222. Requisiti del fidecommesso universale . . . . . » 383
§ 223. Dell'acquisto dei fidecommessi universali . . . . » 385
§ 224. Diritti ed obblighi dell'erede fiduciario . . . . » 386

CAPO X. — *Delle donazioni in causa di morte*

§ 225. Delle donazioni o capioni in causa di morte . . . » 389
§ 226. Di alcune altre successioni in causa di morte . . . » 390
INDICE ANALITICO-ALFABETICO . . . . . » 395

SOCIETÀ EDITRICE "ATHENAEUM,,

ROMA - Via Calamatta, 16

Estratto dal Catalogo:

OPERE GIURIDICHE.

ANTONIO AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria nel diritto germanico canonico e comune* - in-8 . . . L. 8.—

— — *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria nel diritto civile moderno* - in-8 . . . . . » 6.

GABRIELE AMENDOLA, *La provincia e l'Amministrazione provinciale* - in-8 . . . . . » 4.—

DIONISIO ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*. Vol. III, parte 1ª - (I modi di risoluzione delle controversie internazionali) - in-8 . . . . . » 10.—

ARMANDO ASSISI, *L'assegno bancario chiuso nella legislazione comparata* - in-8 . . . . . » 3.—

FRANCESCO BERLINGIERI, *Verso l'unificazione del diritto del mare. Studi, relazioni e proposte* - in-8 . . . . . » 15.—

F. BEROLZHEIMER, *Sistema di filosofia del diritto e dell'economia - Filosofia dello stato e principii della politica*. Traduzione con note di Angelo D'Eufemia - in-8 . . . » 15.—

PIETRO BONFANTE, *Lezioni di storia del diritto romano* (2ª edizione in corso di stampa) . . . . . .

ALESSANDRO BONUCCI, *Il fine dello Stato* - in-8 . . . . » 9.—

MARTINO CARBONI, *Lo stato giuridico degli impiegati al servizio di amministrazioni dirette dello Stato in Italia* - in-8 » 10.—

PAOLO CARLINO, *Genesi e fondamento delle immunità diplomatiche* - in-8 . . . . . » 5.—

FRANCESCO CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)* Vol. I, in-8 L. 12 (nette) - leg. . . . . (nette) » 14.—

Vol. II, in-8 L. 12 (nette) - leg. . . . . (nette) » 14.

— — *La prova civile* - Vol. I - (Il concetto giuridico della prova) - in 8 . . . . . » 6.

— — *Studi di diritto commerciale* - in-8 . . . . . » 8.

— — *Studi di diritto civile* - in-8 . . . . . » 10.—

— — *Studi di diritto industriale* - in-8 . . . . . » 5.—

EVARISTO CARUSI, *Il problema scientifico del diritto mussulmano* in-8 . . . . . » 10.—

FEDERICO CELENTANO, *Studio critico della nuova legge elettorale politica* - in-8. . . . . » 2.25

PIETRO CHIMIENTI, *Manuale di diritto costituzionale*:

Vol. I, (parte generale) in-8 . . . . . » 12.—

Vol. II, (parte speciale) in-8 . . . . (nette) » 20.

ANTONIO CICU, *Il diritto di famiglia* - in 8 . . . (nette) » 10.—

— — *Estinzione di rapporti giuridici per confusione* - in-8 » 5.

ANTONINO CONIGLIO, *Le ammissioni nella dottrina della prova* in-8 . . . . . (nette) » 3.—

— — *Le presunzioni nel processo civile* - in-8 . (nette) » 12.—

EMILIO COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* - in-8 » 5.—

NICOLA COVIELLO, *Manuale di diritto ecclesiastico* (La 2ª edizione è in corso di stampa) . . . . . .

GIUSEPPE MENOTTI DE FRANCESCO, *Rapporti tra Stato, comune ed altri enti locali in materia di pubblica istruzione* - (*Studio di diritto amministrativo e di scienza dell' amministrazione*) in-8 L. 9 — leg. . . . . L. 10.—

FRANCESCO DEGNI, *Studi sul diritto delle obbligazioni* - in-8 » 4.—

ALFREDO DE GREGORIO, *Il contratto di edizione* in 8 L. 6 — leg. » 7.—

CAMILLO DELFINO, *L' esecutorietà delle sentenze civili straniere in Italia* - in-8 . . . . . » 9.—

ALFREDO DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni « ob rem »* - in-8 . . . . . » 3.50

G. BATTISTA DE MAURO, *Istituzioni di diritto processuale penale;* Vol. I, in-8. . . . . » 10.—

Vol. II, in-8. . . . . » 10.—

— — *Le impugnazioni dei provvedimenti giudiziari nel sistema del codice di procedura penale* - in-8 . . (nette) » 15.—

GIULIO DE MONTEMAYOR, *Primo abbozzo d' una giuridica dell' egual bene di ciascuno* - in-8 . . . . . » 6.—

GIORGIO DE SEMO, *Delle obbligazioni solidali in materia di commercio* - in-8 . . . . . » 8.—

ARNALDO DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* - in-8 » 12.—

SALVATORE ARISTIDE DI PISA, *Il grado d' interesse necessario per ricorrere alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato* - in-8 . . . . . » 6.—

BENVENUTO DONATI, *Successione testata e giustizia distributiva* in-8 . . . . . » 2.—

GIUSEPPE FAGIOLARI ed ENRICO PRESUTTI, *Commento sistematico della nuova legge comunale e provinciale e delle disposizioni legislative complementari* - 4 volumi in-8 (nette) » 50.—

ENRICO FINZI, *Il possesso dei diritti* - in-8 . . . . » 10.—

FRANCESCO FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano.* Vol. I, *Dottrine generali*, parte 1ª. *Il diritto. I soggetti. Le cose* . . . . . (nette) » 65.—

GAETANO FINOCCHIARO, *Le società cooperative di consumo nel diritto commerciale.* . . . . . (nette) » 10.—

GIUSEPPE FRAGOLA, *Gli istituti giuridici del bolscevismo. Ordinamento dello Stato, della proprietà, della famiglia, della successione, degli stranieri,* ecc. in-16 . (nette) » 7.—

GIUSEPPE FRANCESE, *L' assegno giudiziario dei crediti* - in 8 » 2,50

AUSONIO FRANZONI, *Colonizzazione e proprietà fondiaria in Libia con speciale riguardo alla religione, al diritto ed alle consuetudini locali* - in-8 . . . . . » 6.—

G. B. FUNAIOLI e GINO ZANI, Della riparazione dei danni di guerra - in-8 . . . . . » 2.—

ALBERTO GALIZIA, *L' azienda giornalistica - Studio di diritto commerciale* - in-8. . . . . » 3.—

SCIPIONE GEMMA, *Commento alla legge 13 giugno 1912 sulla cittadinanza* - in-16 . . . . . » 2.—

— — *Il diritto internazionale del lavoro* - in-8 leg. . . » 6.—

— — *Il moderno concetto di neutralità* - in-8 . . . . » 2.—

— — *L' obbligazione alimentare nel diritto comparato e internazionale con particolare riguardo ai rapporti coniugali e di filiazione* - in-8 . . . . . » 6.—

MARIO GHIRON, *Studi sull' ordinamento della facoltà giuridica* - in-8 . . . . . » 5.—

PIETRO GUBITOSI, *I danni di guerra. Appunti critici sulle disposizioni legislative vigenti. Testi delle leggi e dei regolamenti* . . . . . (nette) L. 5,—

VINCENZO LANZA, *Principî di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale* (la 2ª edizione è in corso di stampa) . . . . . .

PIER SILVERIO LEICHT, *Ricerche sul diritto privato nei documenti preirneriani* - Parte I. *Le persone - la famiglia - i diritti reali* - in-8 . . . . . » 4,50

ANTONIO MARCHI, *Storia e concetto della obbligazione romana* - Parte I. - *Storia dell' obbligazione romana* - in-8 . . » 4,—

TEODOSIO MARCHI, *Le luogotenenze generali (1848-1915) nel diritto costituzionale italiano* - in-8. . . . . » 4,50

TEODOSIO MARCHI, *Le luogotenenze regionali nell' ordinamento costituzionale amministrativo italiano all' epoca delle annessioni della Toscana, delle provincie napoletane e siciliane, di Roma e provincie romane* - in-8 . . . . » 5,—

— — *Le responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale* (Opera premiata nel VII concorso della fondazione Bluntschli) - in-8 » 4,—

ALFREDO MAZZA, *Dei diritti sulle acque - Manuale teorico pratico* - in-8 . . . . . » 14,—

FRANCESCO MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni* - in-8 . . . . . » 8,—

— — *Teoria dell' errore ostativo - Saggio di diritto privato e di dottrina generale del diritto* - in-8 . . . . » 6,—

MARCO MODICA, *Contributi papirologici alla ricostruzione dell'ordinamento dell' Egitto sotto il dominio greco-romano* - in-8 » 7,—

ROBERTO MONTESSORI, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti* - in-8 . . . . . » 6,—

RENZO MOSSA, *Il contratto di somministrazione* - in-8 . . » 5,—

FABRIZIO NATOLI, *La personalità giuridica delle società commerciali e l' imposta di ricchezza mobile* - in-8 . . » 2,50

— — *Sul concetto economico del capitale* - in-8 . . . » 2,—

GIUSEPPE PARATORE, *La responsabilità dell' armatore* - in-8 » 5,—

GIOVANNI PAVONI, *La scrittura privata nel diritto commerciale* - in-8 . . . . . » 10,—

VITTORIO POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* - vol. I, 2ª ediz., in-8 . . . . . (nette) » 21,—

ERRICO PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano* - Due volumi in-8 - 2ª ediz. riveduta ed ampliata - (nette) » 40,—

LUIGI RAGGI, *Contributo alla dottrina delle rinuncie del diritto pubblico* - in-8 . . . . . » 5,—

ADOLFO RAVA, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto* - in-8 . . . . . » 5,—

— — *Lo Stato come organismo etico* - in-8 . . . . » 3,—

ALFREDO ROCCO, *Elementi di diritto pubblico e di legislazione scolastica* - 2ª edizione in-16. . . . (nette) » 20,—

UGO ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi* - vol. I, in-8 . . . . . » 10,—

SANTI ROMANO, *Corso di diritto coloniale* - vol. I, in-8 . » 7,—

ANTONIO SACCONE, *Le nullità e le decadenze nella procedura penale con particolare riguardo al ricorso per cassazione* - in-8 . . . . . » 10,—

ANTONIO SALANDRA, *Corso di diritto amministrativo (Raccolto dall'Avv. Carlo Manes)*. 3ª edizione . . (nette) L. 35.—

GIOVANNI SALEMI, *Il concetto di parte e la pubblica amministrazione nel processo civile, penale e amministrativo* - in-8 » 6.50

— — *La teoria generale dei consorzi amministrativi nel diritto italiano* - in-8 . . . . . (nette) » 12.—

FRANCESCO SCADUTO, *La giustizia penale e civile nei rapporti pregiudiziali* - in-8 . . . . . » 3,—

CARMELO SCUTÒ, *La mora del creditore* - in-8 . . . . » 5,—

— — *La teoria del prelegato nel diritto romano con riguardo alle principali legislazioni moderne ed al diritto civile italiano* - in-8 . . . . . » 5,—

ANTONIO SEGNI, *L'intervento adesivo* (Studio teorico pratico) - Vol. I, in-8 . . . . . (nette) » 12,—

VINCENZO SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano* - 2ª ediz. riveduta ed aumentata dal Prof. Filippo Vassalli - in-8 . . . . . (nette) » 40,—

MANFREDI SIOTTO PINTOR *Le riforme del regime elettorale e le dottrine della rappresentanza politica e dell'elettorato nel secolo XX* - in-8 . . . . . » 8,—

— — *La minore età nel diritto romano* - in-8 . . . » 8,—

ANTONIO SUMAN, *« Favor testamenti » e « voluntas testantium » Studio di diritto romano* - in-8 . . . . » 6,—

— — *Saggi minimi di diritto romano* - in-8 . . . » 3,—

ALBERTO DOMENICO TOLOMEI, *Della truffa ed altre frodi* - in-8 » 12,—

Trattato di pace con l'Austria ed atti connessi - 10 settembre 1919 - in-8 (2ª ristampa) . . . . . » 8,—

SILVIO TRENTIN, *L'atto amministrativo - Contributi allo Studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione* - in-8 . . . . . » 10,—

ROMUALDO TRIFONE, *Il fedecommesso - Storia dell'Istituto in Italia* - vol. I, in-8 . . . . . » 4,—

OTTORINO VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione* - in-8 » 6,—

FILIPPO E. VASSALLI, *La sentenza condizionale - Studio sul processo civile* - in-8 . . . . . » 3,50

GIACOMO VENEZIAN, *Opere giuridiche (Raccolte a cura della famiglia e della R. Accademia delle Scienze di Bologna)*:

Vol. I. - *Studi sulle obbligazioni* - in-8 . (nette) » 32,—

Vol. II. - *Studi sui diritti reali e sulla trascrizione, le successioni, la famiglia* . . . . . (nette) » 35,—

Vol. III. - *Studi vari giuridici e sociali e un saggio di manuale di diritto privato (inedito)* (di prossima pubblicazione). . . . . .

GINO VITTA, *Gli atti collegiali - Principii sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimento alle assemblee private* - in-8 . . . . . (nette) » 10,—

MICHELE ZIINO, *I ruoli di curatori di fallimento*. Regolamento tipo 7 ottobre 1914, - in-8 . . . . . » 4,—

N. B. — Ad eccezione dei prezzi segnati « netto » tutti gli altri vengono aumentati del 20 %.

23403
23403